THÈSE

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS
UFR de droit et sciences sociales
Institut de droit public (Poitiers)
(Diplôme National - Arrêté du 25 mai 2016)

École doctorale : Droit et science politique - Pierre Couvrat (Poitiers)
Secteur de recherche : Droit

Présentée par :
Arthur Lilas Trimua

La concession : éléments de renouveau d'une catégorie contractuelle

Directeur(s) de Thèse :
François Brenet

Soutenue le 26 juin 2018 devant le jury

Jury :

Président	**Marguerite Canedo-Paris**	Professeur de droit public - Université de Poitiers
Rapporteur	**Pierre Bourdon**	Professeur de droit public - Université du Mans
Rapporteur	**Grégory Kalflèche**	Professeur de droit public - Université Toulouse 1 Capitole
Membre	**François Brenet**	Professeur de droit public - Université de Poitiers
Membre	**Alain Ondoua**	Professeur - Université de Poitiers
Membre	**Louis Bahougne**	Professeur de droit public - Université de Poitiers

Pour citer cette thèse :
Arthur Lilas Trimua. *La concession : éléments de renouveau d'une catégorie contractuelle* [En ligne]. Thèse Droit. Poitiers : Université de Poitiers, 2018. Disponible sur Internet <http://theses.univ-poitiers.fr>

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES DE POITIERS

ÉCOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE PIERRE COUVRAT — ED 088

LA CONCESSION

ÉLÉMENTS DE RENOUVEAU D'UNE CATÉGORIE CONTRACTUELLE

Thèse pour le doctorat en droit
présentée et soutenue publiquement le 26 juin 2018
par

Monsieur
Arthur Lilas TRIMUA

DIRECTEUR DE RECHERCHE :

M. François BRENET

Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

MEMBRES DU JURY :

M. Pierre BOURDON
Professeur de droit public à l'Université du Mans, (**Rapporteur**)

Mme Marguerite CANEDO-PARIS
Professeur de droit public à l'Université de Poitiers, (**Membre du jury**)

M. Grégory KALFLECHE
Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 - Capitole, (**Rapporteur**)

M. Alain ONDOUA
Professeur de droit public à l'Université de Poitiers, (**Membre du jury**)

LA CONCESSION : ÉLÉMENTS DE RENOUVEAU D'UNE CATÉGORIE CONTRACTUELLE

Résumé en français

La concession, instrument contractuel de coopération économique public-privé, connaît un engouement mondial. La relation tripartite vertueuse qu'elle établit entre l'autorité concédante, l'opérateur économique et les investisseurs a largement contribué à l'adoption de ce mécanisme d'origine française par divers systèmes juridiques sous l'appellation générique de partenariat public-privé (PPP). D'origine jurisprudentielle et longtemps protégé des influences extérieures, le modèle concessif bénéficie, sous l'empire de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession, d'une européanisation de ses critères et de son régime juridique. En cristallisant le risque d'exploitation dans sa fonction de critère de discrimination ultime de la *summa divisio* de la commande publique, le nouveau droit des concessions bouleverse la hiérarchie des critères classiques d'identification du modèle concessif français. Cette évolution substantielle des éléments d'identité de la concession s'est accompagnée du renouvellement de son régime juridique. Cet environnement juridique transformé invite à une relecture globale du modèle français de la concession à travers la novation de ses éléments constitutifs et de son régime juridique.

Mots-clés en français

Concession — concession de service — concession de travaux —concession de service public — concession de travaux publics — risque d'exploitation — durée — amortissement — délégation de service public — sous-concession — organisme de droit public — bien de retour — bien de reprise — bien propre.

THE CONCESSION: COMPONENTS OF A CONTRACT CATEGORY'S RENEWAL

Abstract

Concession, a contract tool for economic cooperation, generates worldwide enthusiasm. The virtuous tripartite relationship it establishes between conceding authorities, economic operators and investors has widely contributed to the adoption of this originally French mechanism by various legal systems under the generic term of "public-private partnership" (PPP). The French concessive model was originally created through case law and shielded from exterior influences for a long time, though the criteria and legal regime of the French concessive model as set out by the January 29th 2016 ordinance and the February 1st, 2016 decree relating to concession contracts are being Europeanised. By crystallizing operational risk in its function as the ultimate discrimination criteria of public contract's summa divisio, the new law on concessions rattles the French concessive model's classic identification criteria. This substantial evolution of the concession's identity elements came with the renewal of its legal regime. This transformed legal environment begs a global re-read of the French concession model through the renewal of its constitutive elements and its legal regime.

Key words

Concession — service concession — works concession — public service concession — public works concession — operational risk — duration — amortization — public service delegation — sub-concession — public body — mandatory return assets — optional repurchase assets — operator owned assets.

INSTITUT DE DROIT PUBLIC (IDP, EA N°2623)

Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers 43, place Charles de Gaulle, 86022 Poitiers Cedex

L'université de Poitiers n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Dédicaces

À Jéhovah, le Dieu Tout-Puissant.

À papa, Daké Ekom TRIMUA, qui nous a quitté le 29 décembre 2016.

À maman, Itunu Ihoe ETCHAWO, pour son amour et son indéfectible soutien.

À ma sœur Annick et à mes frères Christian, Samtu, et Anta pour leurs conseils et soutiens sans faille.

À Doris, Nathalie.

À mes nièces et neveux partout dans le monde : Essowè, Lynn, Johanna, Will, Mathys, Kiana et Roy.

J'adresse mes sincères remerciements à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur François Brenet, pour sa confiance, sa permanente disponibilité, ses conseils avisés et la perpétuelle remise en cause qu'il a su m'inculquer. Votre bienveillance à mon égard m'a permis de franchir maints obstacles pendant ces cinq intenses années de travail.

En second lieu, je remercie chaleureusement Françoise, Étienne et Solim pour leurs relectures assidues.

Mes camarades de laboratoire, Maurice, Axel, Zibrila, Clément… méritent aussi d'être mentionnés, car les discussions et les échanges que j'ai eus avec eux ont grandement nourri mes réflexions.

Cette thèse n'est certainement pas l'œuvre d'une vie. Mais elle est au moins l'œuvre d'une jeunesse. Que tous les ami(e)s ou illustres anonymes qui ont croisé ma route au cours de ces vingt-huit années de vie s'en trouvent remerciés. Ils ont tous contribué, à leur façon, à forger l'homme qui a écrit ces lignes.

Merci à vous tous.

SOMMAIRE

INTRODUCTION **15**
PREMIÈRE PARTIE. **L'IDENTITÉ RENOUVELÉE DE LA CONCESSION** **41**
TITRE I. **LA PERTE D'UNITÉ DES CRITÈRES CLASSIQUES DE LA CONCESSION** **45**
CHAPITRE I. LA PERTURBATION DE L'UNITÉ DU CRITÈRE ORGANIQUE 49
CHAPITRE II. L'ALTÉRATION DES FONCTIONS DU CRITÈRE DE L'OBJET 101
TITRE II. **LES PARADOXES DU CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION** **151**
CHAPITRE I. LA FORTIFICATION DE LA CONCESSION PAR LE CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION 155
CHAPITRE II. L'INSUFFISANCE EXPLICATIVE DE LA CONCESSION PAR LE RISQUE D'EXPLOITATION 187
DEUXIÈME PARTIE. **LES MUTATIONS DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONCESSION** **233**
TITRE I. **L'ENCADREMENT EFFECTIF DU RÉGIME DE LA PASSATION DE LA CONCESSION** **237**
CHAPITRE I. LA NÉCESSITÉ D'UNE MISE EN COHÉRENCE DES PRATIQUES CONCESSIVES 241
CHAPITRE II. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE LA PASSATION DES CONCESSIONS 277
TITRE II. **L'ENCADREMENT PROGRESSIF DU RÉGIME D'EXÉCUTION DE LA CONCESSION** **311**
CHAPITRE I. L'ACTUALISATION DU RÉGIME DE L'EXÉCUTION DES CONCESSIONS 315
CHAPITRE II. LE RENFORCEMENT DE L'ENCADREMENT DE L'EXTINCTION DE LA CONCESSION 393
CONCLUSION GÉNÉRALE **431**
BIBLIOGRAPHIE **437**
INDEX THÉMATIQUE **509**
TABLE DES MATIÈRES **515**

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

ACCP	Actualité de la Commande et des Contrats Publics
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJFP	Actualité juridique – Fonction publique
BDP	Bibliothèque de Droit Public
BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
C. Cass.	Cour de cassation
C.P-ACCP	Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats publics
c/	contre
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
CCAG	Cahier des Clauses Administratives Générales
CCCG	Cahier des Clauses et Conditions Générale
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
cf.	*Confer*, voir
CGCT	Code Général des Collectivités Territoriales
chron.	Chronique
CJA	Code de Justice Administrative
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMP	Code des Marchés Publics
coll.	Collection
comm.	Commentaire
concl	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Contrats-Marchés publ.	Revue Contrats et Marchés publics
D.	Recueil Dalloz
Dr. Adm.	Droit Administratif
éd.	Éditions
EDCE	Études et Documents du Conseil d'État
Fasc.	Fascicule
Gaz. du pal.	Gazette du Palais
ibid.	*Ibidem*, au même endroit, là même
in	Dans
J.O.	Journal officiel de la République Française

J.O.C.E ..... Journal officiel des Communautés européennes
J.O.U.E.. ..... Journal officiel de l'Union européenne
JCl. ..... Juris-Classeur
JCP A ..... Juris-Classeur La Semaine Juridique Administratif
JCP G ..... Juris-Classeur La Semaine Juridique – Edition Générale
LGDJ ..... Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA ..... Les Petites Affiches
MP ..... Marché public
Op. cit. ..... Ouvrage cité précédemment
PUF ..... Presses universitaires de France
RDP ou RD Pub ..... Revue du Droit Public et de la science politique
RDI ..... Revue de droit immobilier
Rec. ou Leb. ..... Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
Req. ..... Requête
RFDA ..... Revue Française de Droit Administratif
RTD. Civ. ..... Revue trimestrielle de droit civil
S. ..... Sirey
SEM ..... Société d'économie mixte
spéc. ..... spécialement
T. ou t. ..... Tome
TA ..... Tribunal Administratif
UE ..... Union Européenne
vol. ..... Volume

INTRODUCTION

« *Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler.* »
Cette citation de Maurice Hauriou, issue de son ouvrage *Principes de droit public* [1], caractérise assez bien l'état de la notion de concession, objet de l'étude de cette thèse. Classique et contemporaine, la concession semble bien l'être à tout point de vue.

Qu'est-ce que la concession ? - La question, simple, appelle quelques précisions terminologiques. La concession est avant tout un avatar sémantique [2], une représentation d'une réalité propre à chaque courant de pensée. Les sciences économiques et du langage portent témoignage de la versatilité du terme. Le discours linguistique, par exemple, présente la concession comme une figure rhétorique qui consiste à « *céder à l'adversaire un terrain limité, pour préserver le reste de son territoire et de ce fait marquer sa supériorité sur lui* » [3]. En économie, la concession est étudiée, tantôt, pour mettre en évidence la relation d'agence qu'elle établit [4], tantôt, pour mettre l'accent sur la situation de rente qu'elle créée [5].

La concession, en tant que notion juridique, est duale. En droit privé, la concession désigne une typologie de contrat de distribution relativement jeune [6] qui se définit comme

---

1 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, *fac-similé* de l'édition originale parue en 1910, Dalloz, 2010, p. 6.

2 S. LAFAGE, « Lexicographie et diachronie dans le français d'Afrique : Le champ lexical de « concession » », *Le français en Afrique*, 2005, p. 41-49.

3 M.-A. MOREL, *La concession en français*, Éditions Ophrys, 1996, 164 p. L'auteure identifie également trois variantes de la concession : la concession logique, la concession rectificative et la concession argumentative ; Voir également : C. MASSERON, *La concession*, Thèse de doctorat, 1999; THI THU TRANG DO, *Étude de la concession dans une perspective contrastive français – vietnamien à partir de corpus oraux*, Thèse de doctorat, Orléans, 2016; J. MOESCHLER et N. DE SPENGLER, « La concession ou la réfutation interdite, approches argumentative et conversationnelle », *Cahiers de linguistique française* n° 4, p. 7 -36.

4 P.-A. HUDON, « La dynamique des relations dans les partenariats public-privé : le cas du modèle anglo-saxon », *Revue française d'administration publique*, vol. 160, no° 4, 2016, p. 1271-1288 ; G. NUMA, « Théorie de l'agence et concessions de chemins de fer français au 19ème siècle », *Revue d'économie industrielle*, vol. 125, n° 1, 2009, p. 105-128 ; H. BIDIASSE, « La théorie de l'agence et la concession des services publics : le cas des chemins de fer camerounais », *Mondes en développement*, 03 avril 2017, p. 121-137.

5 J. TIROLE, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, 1999, vol. 51, n° 1, p. 79-92 ; L. BENZONI, « Position dominante et rente de monopole : une analyse économique de la concession de Canal + », *Revue d'économie industrielle*, 1993, vol. 66, n° 1, p. 7-32.

6 Elle a été prévue et encadrée par la circulaire du 31 mars 1960 sur l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence, dite « circulaire Fontanet ».

… / …

« *le contrat par lequel un concédant confère à un concessionnaire le droit de distribuer ses produits tout en bénéficiant d'une exclusivité territoriale* » [7]. Le plus souvent, le concessionnaire est également bénéficiaire d'une clause d'approvisionnement exclusif.

En droit administratif, la concession est chargée d'une signification toute particulière. Elle désigne l'instrument contractuel de coopération économique qui permet à une personne publique ou privée de se voir confier la gestion de certaines activités en fonction d'une économie de financement et de rémunération singulière.

Pour mener à bien l'étude de la concession, il apparaît de bonne méthode, avant toute problématisation (§ 3), de revenir sur le débat relatif, d'une part, à sa nature juridique (§ 1), et d'autre part, à son appartenance à la catégorie des contrats administratifs (§ 2).

§ 1. LA CONCESSION : ACTE UNILATÉRAL OU CONTRAT ?

Le débat sur la nature de la formule concessive est presque aussi vieux que ce contrat lui-même [8]. Il porte, notamment, sur la question de savoir si la concession constitue un véritable contrat comportant des clauses réglementaires ou, à l'inverse, elle est un acte administratif à contenu contractuel. Les controverses doctrinales auxquelles la nature juridique de la concession a donné lieu peuvent se structurer autour des concepts de désordre (A) et de remise en ordre identitaire (B).

A. L'ambivalence originelle de la nature juridique de la concession

Deux thèses marquent les dissensions doctrinales autour de la nature juridique de la concession. Il s'agit de la thèse de la double nature de la concession et celle de l'acte mixte.

La théorie de la double nature de la concession prend origine dans les conclusions de Léon Blum sur l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* [9]. Le commissaire du gouvernement y analyse la concession comme un instrument juridique à « double aspect », appelant une variation de la nature juridique des

---

7 Cette définition ressort de l'article 1er du point e) du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 ; voir aussi : D. LEGEAIS, « Concession commerciale », *JurisClasseur Commercial*, 2016, fasc. 307, § 1.

8 X. BEZANÇON, Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique, Paris, LGDJ, 1999, p. 420.

9 CE, 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*, Rec., 1910, p. 223.

… / …

rapports qu'elle créés entre le concédant et le concessionnaire, d'une part, et entre le concédant et les usagers ou non-usagers du service public, d'autre part [10]. Dans la première catégorie de relations, la concession revêt un caractère intégralement contractuel. Elle doit en revanche être appréhendée, dans les relations entre le concédant et les usagers et non usagers, comme un acte réglementaire. Dans la théorie du double aspect, la nature juridique de la concession est fonction de l'horizontalité ou de la verticalité des rapports entre le concédant et les autres acteurs.

Cette conception trouve un écho favorable auprès de Léon Duguit qui affirme qu'« *au regard des particuliers, l'acte de concession n'est point un contrat, mais une loi* » [11]. Pour lui, « *les usagers se trouvent dans une situation qui n'a rien de contractuel : elle est purement et exclusivement légale, et je l'appelle objective* » [12]. Si cette théorie a semblé un temps correspondre à la jurisprudence naissante du Conseil d'État sur la notion de contrat administratif [13], elle a, en revanche, été vivement critiquée par la doctrine [14]. En effet, il apparaît, d'un point de vue intellectuel, difficilement concevable qu'un même acte juridique ait, entre certaines personnes, valeur de contrat, et entre d'autres, valeur de règlement [15]. L'insatisfaction qu'induit la théorie de la double nature de la concession a contribué à sa disparition progressive au profit de celle de l'acte mixte.

Contrairement à la théorie de la double nature de la concession, la théorie de l'acte mixte consiste plutôt à voir dans le cahier des charges « *une imbrication de clauses hétérogènes où les dispositions réglementaires concernant l'organisation du service s'entremêlent avec les stipulations contractuelles visant par exemple la durée du contrat ou les avantages financiers consentis au concessionnaire* » [16]. La réception de cette théorie par la doctrine s'explique notamment par sa capacité à rendre compte de la dualité

---

10 R. TATOFIE, *Build Operate and Transfer (BOT) Projects - Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics*, University of Luxembourg, 2012, p. 153.

11 L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 427.

12 L. DUGUIT, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service publics » dans *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 258.

13 J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Edition du Moniteur, 1979, p. 38.

14 Voir en ce sens les références citées en note 44 par J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*

15 Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 151.

16 M. H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, 1 avril 1993, vol. 2, p. 239-262.

… / …

conceptuelle de la concession de service public. En effet, si cette dernière consiste à confier à une personne privée la gestion d'une activité, elle « *n'en demeure pas moins un service public et la collectivité responsable ne peut renoncer à son pouvoir d'organiser ce service, alors même que les règles d'organisation sont fixées par le contrat* » [17]. De son côté, le président Bruno Genevois fait de ce caractère de la concession un élément de distinction avec les marchés publics : « *Alors que le cahier des charges d'un marché de travaux publics revêt exclusivement le caractère d'un acte contractuel, le contrat de concession de service public a un caractère mixte* ». Cette affirmation mérite, au regard de la jurisprudence, d'être éclaircie puisque le caractère mixte n'est pas fonction de l'instrument juridique, mais de l'objet qui fonde son usage. Le président Raymond Odent cristallisa dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux*, la corrélation qui existe entre le service public et le caractère mixte de tout contrat en confiant son exécution ou son exploitation : « *Le cahier des charges est un acte mixte qui a un double caractère dû à ce qu'il est imprégné de cette notion de service public qui domine toute une partie de notre droit public* ». Le cahier des charges, poursuit-il, « *n'est contractuel que dans la mesure où il fixe les rapports financiers entre le concédant et le concessionnaire, mais il a un caractère réglementaire pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public, son organisation matérielle et technique, les prestations qu'il doit fournir au public et le tarif des redevances diverses qu'est autorisé à percevoir le concessionnaire* » [18]. La théorie de l'acte mixte de la concession a également connu un retentissement sur le plan contentieux en ce sens que les usagers peuvent se prévaloir des clauses réglementaires de l'acte de concession à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir [19] selon des conditions que le conseil d'État s'efforce de préciser régulièrement [20].

Mais, en dépit de cette reconnaissance implicite du caractère mixte de l'acte de concession, celui-ci n'a pas constitué un obstacle à l'affermissement puis à la confirmation de son identité contractuelle.

---

17 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., Paris, France, L.G.D.J., 2016, p. 67.

18 L. ERSTEIN « À propos de la nature règlementaire d'une clause contractuelle », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 8, 19 février 2018, p. 213 ; voir également conclusions de R. ODENT sur CE Sect., 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux*, D. 1944, J. 121.

19 CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, Rec. p. 961, concl. ROMIEU ; CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Rec. 274 ; *AJDA* 807, chron. CHAUVAUX et GIRARDOT, p. 732 ; *RFDA* 1987, 89, note DELVOLVÉ ; CJEG 1996, 382, note TERNEYRE, CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonome*, n° 393805.

20 CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération*, n° 404982,

… / …

B. La consécration de l'identité contractuelle de la concession

L'identité contractuelle de la concession résulte de la mutation d'une notion qui, à l'origine, n'est pas née contrat [21].

L'analyse historique révèle que la formule de la concession est un mode d'administration [22] dont les origines sont très anciennes. Les premiers indices de la pratique concessive remontent à l'Antiquité. Elle se développera durant la période romaine [23]. Pourtant, le terme « concession » n'apparaît qu'au Moyen-Âge, plus précisément vers 1280 [24]. Le mot découle en réalité du second sens de « *concedere* ». Le grand Gaffiot en donne la définition suivante : « abandonner, accorder qqch à qqn » (*concedere aliquid alicui*) [25]. C'est dans sa seconde acception que la concession prendra sa maturité. Celle-ci signifie « *don ou octroi que fait un souverain ou un seigneur de quelque privilège, de quelque droit* ». C'est donc au sens d'une libéralité que la concession fut appréhendée au Moyen-Âge. Cette libéralité comportait des contreparties puisque le bénéficiaire de la concession devait, le plus souvent, mettre en valeur les biens mobiliers ou le domaine public du Roi, les domaines ecclésiastiques ou féodaux concédés. La concession devint dès lors une libéralité dans laquelle les parties trouvaient leur compte. Pour la personne privée, la concession permettait de jouir pour une longue durée d'un domaine qu'il n'aurait pas pu obtenir par d'autres moyens. Pour le concédant, c'est l'assurance de faire concevoir, gérer ou entretenir des équipements publics ou un service public dont il ne pouvait supporter le financement. Le XVII[e] siècle fut le siècle de la généralisation du système concessif en France. Les guerres successives ont fini par créer d'énormes difficultés de trésorerie à l'État qui, faute de moyens monétaires suffisants, autorise les particuliers à exécuter à leurs frais de grands travaux publics [26] et leur octroie, en guise de contrepartie, des privilèges honorifiques comme des droits de justice mais

---

21 Y. GAUDEMET, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *Revue du Droit public*, 1 mars 2010, vol. 2, p. 313-326.

22 J.-F. AUBY, *Les contrats de gestion de service public*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, p. 67.

23 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 5 et suiv. ; E. BADIAN, *Publicans and sinners : private enterprise in the service of the Roman Republic*, Oxford, Royaume-Uni, B. Blackwell, 1972, 170 p ; J.-J. AUBERT, *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain : actes du diplôme d'études avancées*, Suisse, Faculté des lettres et sciences humaines, 2003, xii+357 p.

24 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 10.

25 F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Paris, France, Hachette, 2000, p. 373.

26 La réalisation du Canal du Midi constitue une des premières concessions octroyées à perpétuité par un édit du 16 octobre 1666.

… / …

aussi et surtout des avantages financiers comme le droit de péage [27]. Le mot concession recouvrait alors l'ensemble des notions faisant référence aux mécanismes d'autorisation administrative, de délégation contractuelle de mission de construction au sens financier et technique, généralement associée à une gestion de service ou de travaux délégués [28].

Comme le relève Gérard Marcou, « *l'institution de la concession est bien plus ancienne que les notions juridiques de travail public, et surtout de service public* » [29]. La conjonction de ces concepts ne prendra peu à peu forme qu'autour de la notion de contrat administratif. En effet, la nouvelle identité contractuelle de la concession est consubstantielle à la création jurisprudentielle de la théorie générale des contrats administratifs qui est, sans doute, l'une des constructions les plus admirables du Conseil d'État. Bien inspirée par la consécration de l'autonomie du droit administratif proclamée par le Tribunal des Conflits dans son important arrêt *Blanco* [30], le Conseil d'État entreprit d'élever, à côté « *du procédé exorbitant de l'acte unilatéral* » [31], un nouveau moyen fondé sur « *la négociation et le consensus plutôt que sur l'autorité* » [32]. Elle s'appuya pour ce faire sur l'acte de concession afin d'en faire le réceptacle contractuel de la gestion d'un service public ou d'un ouvrage public par une personne privée [33]. Le contrat de concession devint dès lors, selon Xavier Bezançon, le support juridique sans conteste d'une part non négligeable des activités économiques [34].

Dans ses célèbres conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, Chardenet définissait la concession comme « *le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de*

---

27 Voir en ce sens : J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*, p. XVIII-XIX.

28 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 10.

29 G. MARCOU, « L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements », *Annuaire des collectivités locales*, 1999, vol. 19, n° 1, p. 61-99.

30 T. confl., 8 février 1873, *Blanco*, Leb., supplément, p. 61, concl. DAVID ; D. 1873, III, p. 20 ; S. 1873, III, p. 153, concl. DAVID.

31 Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français » dans *Mélanges en hommages à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613 spéc. p. 616.

32 CE : « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes ». *Rapport public 2008 : EDCE* n° 59, p. 15.

33 F. BRENET, « Les contrats administratifs » dans *Traité de droit administratif*, Paris, France, Dalloz, 2011, p. 243 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995 ; G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002.

34 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 104.

… / …

l'ouvrage ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service » [35]. Deux avantages ont, semble-t-il, découlé de cette définition de la concession.

Premièrement, le soin qu'apporte le commissaire du gouvernement Chardenet dans l'énonciation des principes généraux gouvernant ce modèle contractuel est démonstratif de la volonté de la juridiction administrative de minorer les éléments d'instabilité et d'imperfection de la concession au profit de la proclamation de l'unité de la notion de contrat administratif. Cela atteste d'un changement de politique jurisprudentielle puisque l'unité contractuelle et par là, l'indivisibilité de son régime a inexorablement pris le pas sur la diversité des prestations [36].

Deuxièmement, les éléments de définition consacrent l'ancrage contractuelle de la nature de la concession dans le sens où ils décrivent un mécanisme, certes, particulier tant dans son exécution, dans son financement que dans son mode de rémunération, mais qui répond aux critères communs de la théorie générale des contrats, sans y être totalement assujetti. Pour Marcel H. Sinkondo : « *La prévalence de la théorie contractuelle sur les prérogatives de l'Administration n'est donc pas une simple vue de l'esprit. Elle repose sur l'histoire et la réalité présente du contrat administratif* » [37].

Acquise en droit français, la nature contractuelle de la concession l'est également en droit de l'Union européenne. La lecture combinée de la jurisprudence [38] et de la directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession permet de constater que la nature contractuelle constitue le critère formel, activant l'application des dispositions européennes [39].

Si la question de la nature contractuelle ou non de la concession relève, au regard de son évolution, d'une controverse d'un autre âge [40], celle relative à son appartenance au droit privé ou au droit public semble bénéficier d'une intensité renouvelée.

---

35 CHARDENET, conclusions sur CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, Rec. ; p. 125-143 ; *S*. 1916, III, 17 ; Notes HAURIOU *III*, p. 580-601.

36 P. DELVOLVÉ, « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession » dans *Le service public ; Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 157 : « *Il n'est fait de différence fondamentale selon qu'il s'agit de service public ou d'ouvrage public : la notion de concession est identique dans les deux cas, alors même que l'objet se différencie. S'il n'est pas parlé expressément de travaux publics, leur réalisation est impliquée nécessairement par l'exécution d'un ouvrage public* ».

37 M.H. SINKONDO, « La notion de contrat administratif », art cit.

38 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745.

39 Article 5, alinéa 1er de la directive.

40 Y. GAUDEMET, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1 juillet 2004, vol. 17, p. 91-94.

§ 2. L'INDIVIDUALISATION DU CONTRAT DE CONCESSION

L'instrument contractuel concessif se distingue au sein de la grande famille des contrats par trois particularités. Premièrement, il est assujetti à un droit dérogatoire du droit commun (A). Deuxièmement, son mode de fonctionnement est assez singulier et protège corrélativement de la confusion avec des termes similaires (B). Et troisièmement, si le mécanisme concessif fait florès à l'international, son régime juridique ne connaît pas le même succès (C).

A. La nature administrative du contrat de concession

Dans un article relatif aux convergences, différences et interférences des réformes des droits administratif et privé des contrats, le professeur Pierre Delvolvé pose le constat qu'il « *existe un tronc commun de conceptions et de notions qui couvre uniment le droit civil et le droit administratif* » [41]. Incontestablement, qu'elles soient de droit public ou privé, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », selon l'ancien article 1134 du Code Napoléon [42]. La concession, comme tous les contrats, exprime la « loi des parties » et les mécanismes juridiques essentiels qui la caractérisent comme tel, prennent leur source dans la théorie générale des contrats [43]. Ce consensus *a minima* du droit privé et du droit public sur la notion de contrat n'est pas remis en cause par la nouvelle définition législative du contrat [44]. La concession reste avant tout un acte juridique formé par la rencontre de volontés génératrice de droits et d'obligations [45].

Cependant, en dépit de sa soumission à la théorie générale du droit des obligations, la concession, « *remarquons-le, est un contrat d'ordre essentiellement administratif, qui n'a pas d'analogue dans le droit civil* » [46]. Son identité administrative s'illustre d'une part,

---

41 P. DELVOLVÉ, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA*, 1er mai 2016, p. 613-625.

42 L'esprit de cette disposition est désormais incarné dans les articles 1103, 1193 et 1104 du Code civil.

43 E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Paris, France, LGDJ, 1997.

44 Article 1101 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

45 Sur la question, voir : H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 12 et suiv. et p. 42 et suiv.

46 CHARDENET, conclusions sur CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, préc.

… / …

par l'unité de son contentieux confié au juge administratif et d'autre part, par la cristallisation de son caractère administratif par le législateur [47].

Certains auteurs ont toutefois noté que malgré leur autonomie respective, contrats administratifs et contrats privés convergent vers un modèle accusant tout à la fois la publicisation du droit civil des contrats et la privatisation du droit des contrats administratifs [48]. La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 atteste de ce mouvement d'ensemble en incorporant [49] la théorie de l'imprévision via l'article 1195 du Code civil [50], alors même que cette théorie semble fragilisée, en droit administratif, par l'encadrement des règles sur la modification des contrats de concession [51].

Nonobstant, le législateur français a consacré la nature administrative du contrat de concession en la liant à la délégation de service public (ci-après DSP) [52] qu'il définit comme le « *contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » [53]. L'instauration de la catégorie de concession de travaux publics par le législateur délégué suit la même logique en conditionnant la légalité de la concession à l'existence d'un contrat administratif [54].

---

47 On songe particulièrement à l'article 1er de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics et à l'article 3 l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

48 F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, France, 2002, 695 p ; F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », *AJDA*, 2003, p. 919 ; P. DELVOLVÉ, « Un droit des contrats sans summa divisio serait-il possible ? » dans *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 257 ; M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 218-226.

49 Précisons que le juge judicaire fait, depuis 2004, régulièrement application de la théorie de l'imprévision : Cass. 1re civ., 16 mars 2004, n° 01-15.804, *Société des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et Commune de Cluses*, Bull. civ. 2004, I, n° 86, p. 69, D. 2004, jur., p. 1754, note D. MAZEAUD et 2239, chron. J. GHESTIN, *JCP G* 2004, n° 1, 173, note J. GHESTIN, *RTD civ.* 2004, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; voir également, Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Société Soffimat*, D. 2010, n° 2481, note D. MAZEAUD et T. GENICON.

50 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

51 R. NOGUELLOU, « L'exécution des contrats de concession », *AJDA*, 23 mai 2016, vol. 18, p. 1008-1012.

52 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite Loi « Sapin ».

53 Article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « Loi MURCEF ».

54 Article 1er et 11 de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

… / …

Enfin, le régime juridique des contrats de concession des personnes morales de droit public, issu de l'ordonnance du 29 janvier 2016, a été explicitement maintenu au sein de la famille des contrats administratifs par le législateur délégué [55].

Au sein de la catégorie des contrats administratifs, l'individualisation du concept de concession permet de la distinguer de ses homonymes et d'autres notions connexes.

B. La polysémie du terme concession en droit des contrats administratifs

La concession est éminemment polysémique. Certains actes juridiques portent le nom de « concession » sans répondre à sa définition légale ou jurisprudentielle. Si on s'attache uniquement au droit administratif [56], la concession peut désigner, hors de la sphère contractuelle, une mesure unilatérale comme la médaille militaire [57].

L'exemple des concessions minières est symptomatique de la polysémie du terme « concession » et des potentielles confusions qu'elle engendre. Les mines, richesse collective, font l'objet d'une législation spéciale. Le code minier pose le principe du mode d'exploitation des mines : soit en régie par l'État, soit par voie de concession [58]. La doctrine administrative a du mal à s'accorder sur la nature juridique de la concession minière [59]. Certains auteurs la considèrent comme un acte administratif unilatéral [60]. D'autres l'aperçoivent comme « *une activité privée d'intérêt général* » et non « *une concession de service public* » [61]. Jean Dufau, tout en abondant dans ce sens, voit plutôt dans la concession de mines une concession de travail public [62]. Certains auteurs

---

55 Article 3 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.* »

56 Nous n'aborderons pas dans cette thèse les différentes conceptions de la concession dans le langage courant (faire une concession), en droit privé (concession immobilière, concession commerciale...) ; pas plus qu'en droit international (les concessions coloniales et territoriales, les concessions étrangères en Chine...).

57 La concession de la médaille militaire, destinée à récompenser les militaires non officiers, est régie par le livre II, Titre I du code de la légion d'honneur et de la médaille militaire.

58 L'article L611-1 du Code minier (nouveau) ne prévoit l'exploitation minière par voie d'autorisation ou de permis que dans les départements d'outre-mer. L'autorisation unilatérale ne concerne pas l'exploitation des hydrocarbures liquides ou gazeux.

59 A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, Traité des contrats administratifs, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, vol. 1, p. 329.

60 L. ROLLAND, « La situation juridique des exploitants de mines », *RDP*, 1911, p. 731 et spéc. p. 754.

61 A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1953, n° 1156.

62 J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*, p. 15, spéc. p. 120.

… / …

contemporains classent les concessions de mines dans les contrats de concession « spécifiques » [63]. Cette imprécision rejaillit incontestablement sur la perception de la concession minière par les pouvoirs publics. L'étude d'impact élaborée par le ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique concernant l'ordonnance relative aux contrats de concession exclut les concessions minières du champ d'application de la directive et de l'ordonnance au motif qu'il n'y a pas de « *transfert d'un risque d'exploitation à l'opérateur économique titulaire du contrat* ». Ce faisant, l'autorité ministérielle part du postulat que la concession minière est un contrat administratif [64]. Cette analyse nous semble contestable dans la mesure où elle est en déphase avec l'état du droit positif français.

Il faut, de prime abord, observer qu'il est difficile d'identifier la nature juridique exacte de la concession minière. En effet, le droit des concessions minières baigne dans une ambiance fortement règlementaire. La concession minière est accordée plus qu'elle n'est conclue [65], c'est pourquoi elle est labélisée au rang de titre (minier) produisant des effets patrimoniaux pour l'entité bénéficiaire. Elle ne peut être classée parmi les contrats de délégation de service public au sens de la loi Sapin : son objet ne peut s'analyser comme un service public, puisqu'elle constitue une activité privée d'intérêt général. Elle ne peut également pas être considérée comme un travail public [66]. De ce fait, nous convenons avec certains auteurs que la concession de mines n'est pas un contrat et ne peut, par conséquent, être soumise au droit de la concession [67]. De plus, la circonstance d'une application par la juridiction administrative des règles de la théorie générale des contrats administratifs aux concessions minières [68], n'est pour autant pas de nature à confirmer

---

63 H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », *Dalloz Droit de la construction, Dossier 190*, 2013, n° 190.430 ; M. AMILHAT, « Les « nouvelles » procédures de passation des contrats de concession », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, art. 107 ; E. DELACOUR, « Service public : Les clauses réglementaires qui régissent la délégation », *Le Moniteur*, n° 4946.

64 Fiche d'impact ordonnance relative aux contrats de concession, version du 17/11/2015, p. 4.

65 Article L. 132-2 du Code minier.

66 H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », art cit, n° 190.420 ; X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 345.

67 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 570 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 144 Pour une opinion contraire, voir : H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », art cit, p. 190.430.

68 Il est en effet possible de déceler via une analyse jurisprudentielle l'application de certains éléments des règles générales applicables aux contrats administratifs à la concession de mines : CE, 29 décembre 1995, *G.I.E. Penamax*, *Société métallurgique Le Nickel S.L.N.*, req. n° 149463 : application de la déchéance à la concession minière. *Contra* : CE, 19 mai 2000, *Société des mines de Sacilor Lormines*, req. n° 192947 et 194925 : refus d'application les théories de l'imprévision et du fait du prince à une concession minière.

… / …

son appartenance à la sphère contractuelle. Le législateur prend d'ailleurs soin de ne pas utiliser le terme de contrat pour la nommer mais utilise celui d'acte de commerce [69].

Dans la sphère contractuelle, il existe une confusion assez classique entre la concession domaniale et le contrat de concession au sens de l'esprit de l'arrêt *Gaz de Bordeaux*.

Une première catégorie de confusions fait référence à l'usage indistinct du terme concession pour désigner à la fois le contrat de concession et la concession domaniale, contrat administratif par lequel une collectivité publique propriétaire autorise l'occupation à titre privatif d'une dépendance du domaine public ou privé [70]. Ce désordre terminologique peut monter en intensité et induire des difficultés d'ordre juridique. Il arrive souvent que la concession de service public s'accompagne d'une concession d'occupation domaniale. Cette hypothèse, au-delà de l'amphibologie du terme « concession » qui peut désigner dans le même montage contractuel deux types de contrats administratifs, pose un risque de requalification de la concession domaniale en concession de service public. La jurisprudence administrative est régulièrement confrontée à cette difficulté inhérente à la détermination du régime juridique de la concession domaniale [71].

Les sous-concessions révèlent une seconde catégorie de confusions. Classiquement, le terme de sous-concession désigne le contrat par lequel le titulaire d'une concession cède à un tiers une partie ou la totalité du service public dont il assure la gestion. Cette concession de second rang se caractérise par son indivisibilité avec la concession principale [72]. Si le mécanisme est bien connu, la détermination de sa nature juridique peut, en revanche, poser des difficultés.

---

69 Article L131-3 du Code minier : « L'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce. »

70 La convention d'occupation du domaine public comporte en son sein plusieurs catégories contractuelles connues sous le terme de « concession ». C'est l'exemple de la concession funéraire et de la concession concessions d'emplacement dans les halles et marchés. Celles-ci, parce qu'elles correspondent à un mécanisme particulier et produisent des effets juridiques spécifiques, ne peuvent se confondre à la concession au sens de la loi Sapin ou de l'ordonnance du 29 janvier 1993.

71 CE, 9 décembre 2016, *Commune de Fontvieille*, n° 396352 ; *Contrats-Marchés publ*. 2017, comm. 52 ; CAA Bordeaux, 7 mai 2015, n° 13BX02005, *Commune de Rivedoux-Plage* ; CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, *Association Paris Jean Bouin*, *Société Paris Tennis*, req. n° 338272 ; Rec. 2010 ; *AJDA* 2010. 2343 ; *ibid*. 2011. 18, étude S. NICINSKI et E. GLASER ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. DREYFUS ; *Contrats-Marchés publ*., 2011, comm. n° 25, note G. ECKERT ; *Dr. adm*. 2011, comm. n° 17, note F. BRENET et F. MELLERAY ; note S. BRACONNIER et R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 162 ; CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, req n° 202971 ; CE, 19 janvier 2011, req n° 323924, *Commune de Limoges* ; *AJDA* 2011, p. 616, note DREYFUS.

72 CAA Paris, 3 juillet 2013, *Société EGS c/ Commune de Fontainebleau*, n° 11PA02477, *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 258, obs. M. UBAUD-BERGERON.

… / …

La filiation naturelle entre la concession de service public et la sous-concession domaniale a été consacrée par les dispositions contentieuses encadrant les conventions d'occupation du domaine public. En effet, aux termes du décret-loi du 17 juin 1938, repris à l'article L 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, est porté devant le juge administratif le contentieux des contrats d'occupation domaniale conclus par les personnes publiques et leurs concessionnaires. Le terme « concessionnaire » utilisé par l'article 1er du décret-loi de 1938 introduit une incertitude quant au champ matériel de la compétence du juge administratif. Il s'est notamment posé la question de savoir si le terme « concessionnaire » visait les concessions du domaine public ou les concessions de service public. Le Tribunal des conflits a clarifié les choses en dictant que les « concessionnaires » en question au sens du décret-loi du 17 juin 1938 doivent être regardés comme étant les « concessionnaires de service public » [73]. Le juge répartiteur de compétences fera évoluer cette référence en l'adaptant à la catégorie de la délégation de service public [74]. De ce fait, même si elles ne sont pas directement soumises à la loi Sapin, les sous-concessions domaniales des délégataires de service public [75] sont des contrats de concession de second rang dont le caractère dual de la nature juridique fera l'objet d'une étude dans cette thèse.

La problématique de l'assimilation des concessions domaniales aux concessions de services se pose sous un angle nouveau avec le renouvellement de la notion de concession par le droit européen.

Dans un premier temps, il est possible de remarquer une accentuation du mouvement d'assimilation. En effet, en neutralisant par la présence obligée d'une activité de service public dans la qualification de la concession de services, la directive, tout comme son ordonnance de transposition, acte de l'existence « *des concessions de services qui ne sont pas des services publics et des concessions de services publics* » [76]. Le juge administratif

---

73 T. confl., 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France* : S. 1956, p. 156, concl. CHARDEAU ; *RD publ.* 1957, p. 522, note WALINE : CJEG, p. 41, note RENAUD.

74 CE, 14 mai 2012, *Madame Gilles contre Société d'Exploitation Sport Évènements et Ville de Paris*, req. n°3836, Leb. 2012, p. 512 ; *BJCP* 2012, p. 382, concl. OLLÉON, obs. NICINSKI ; *Contrats Marchés publ.* 2012, comm. 223, note ECKERT ; *JCP A* 2012, 2328, note GIACUZZO ; *JCP A* 2013, 2325, chron. CHAMARD-HEIM ; *JCP G* 2012, 1745, chron. ÉVEILLARD ; *RDI* 2012, p. 629, note FOULQUIER ; *RFDA* 2012, p. 692, note JANICOT ; *RJEP* 2012, comm. 55, note PAULIAT.

75 Les sous-concessions des concessionnaires de service public au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sont également concernées.

76 M. AMILHAT, « Les notions du droit de la commande publique », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2017, art. 190.

… / …

concrétise cette nouvelle évolution en intégrant dans la catégorie des concessions de services, la concession de terminal portuaire [77] qui était qualifiée auparavant de concession domaniale [78].

Dans un second temps, le renouvellement de la notion de concession introduit une limite conceptuelle à cette assimilation fondée sur l'arrimage obligée de la qualification de concession sur la notion de commande publique. En effet, la délégation de service public comme aujourd'hui la concession de services, est avant tout un contrat qui a pour finalité de « répondre à un besoin de la collectivité » que l'opérateur économique va trouver un intérêt à satisfaire. La convention d'occupation domaniale répond quant à elle principalement aux besoins de l'opérateur économique, tout en lui imposant un certain nombre de contraintes inhérentes au domaine sur lequel il intervient.

En définitive, la décision *Société de manutention portuaire d'Aquitaine*, du Conseil d'État [79] confirme, à la marge, l'exclusion des conventions domaniale sèches de la commande publique [80]. Elle conforte en même temps le renouvellement de la ligne de démarcation entre ces deux contrats administratifs [81].

Malgré les turbulences juridiques en droit international, le mécanisme de la concession s'exporte bien.

---

77 CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « A propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de services », *Contrats et Marchés publics*, 1 avril 2017, vol. 4, p. 1-2 ; F. LOMBARD, « La notion de concession de services », *RTD com*, 2017, p. 295 ; L. RICHER, « Premier cadrage jurisprudentiel de la concession de services », *Droit administratif*, 1 avril 2017, vol. 4, p. 34-38.

78 CE, 8 juin 2011, n° 318010, *Port autonome de Marseill*e, Leb. 923 ; *AJDA* 2012. 770, note A. RABIER ; *ibid*. 2011. 1806. Voir également article R5312-84 du Code du transport.

79 CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, préc.

80 La directive concessions exclut de son champ d'application les concessions de services ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens ». Article 10, point 8. Voir également l'article 50 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

81 L'encadrement de la passation des conventions d'occupation du domaine public par l'ordonnance du 19 avril 2017, entrée en vigueur le 1er juillet 2017, illustre l'autonomisation des concessions domaniales vis-à-vis de la commande publique. Le phénomène fut fortement remarqué dans les contrats de mobiliers urbains qui pouvaient potentiellement être qualifiés soit, de concession domaniale soit de marché public ou encore de concession de services (ou de service public). Pour des développements récents : voir : CE, 25 mai 2018, *Société Philippe Vediaud publicité*, n°416825 ; CE, 5 février 2018, *Ville de Paris, Société des Mobiliers Urbains pour la Publicité et l'Information*, n° 416579.

… / …

C. L'internationalisation du modèle concessif

Alors même qu'il est au départ le pur produit d'une évolution interne, on assiste à une « projection » du modèle concessif dans la sphère internationale. Et il faut bien admettre que le contrat de concession, du moins le mécanisme concessif s'exporte bien hors du cadre français et européen. Connu sous les vocables de « Concessions », « Build-Operate-Transfer » (BOT), ou encore de « Design-Build-Operate » (DBO), le mécanisme concessif désigne la technique par laquelle « *un État d'accueil sélectionne une entité privée dans le but de la conception, du financement et de la construction d'une infrastructure et accorde à cette entité le droit de l'exploiter commercialement durant une période déterminée, à l'expiration de laquelle l'infrastructure est transférée à l'État* » [82]. La relation vertueuse tripartite que met en place le mécanisme concessif conduit les institutions de Bretton Woods [83] et les organisations de coopération économique [84] à faire de la concession un outil de relance économique dans les pays développés [85]. En effet, les difficultés budgétaires qui ont frappé les collectivités publiques des pays industrialisés depuis les années 1970 et la perte progressive de la légitimité accordée aux gestionnaires publics en matière de gestion efficace des ressources ont contribué à faire du modèle concessif une des expressions du néolibéralisme prônant une intervention limitée de l'État [86]. Le *Private Finance Initiative* (PFI) en Angleterre et le contrat de promoteur en Italie illustrent la montée en puissance de la concession et des autres mécanismes de promotion de l'externalisation.

On assiste dans les pays du Sud, à partir des années 1990, à la multiplication des tentatives d'implémentation du modèle concessif. À la suite de l'application du consensus de Washington, associée à une politique mondiale de dérégulation, les États en voie de

---

82 R. TATOFIE, *Build Operate and Transfer (BOT) Projects - Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics*, préc., p. 8.

83 Selon la Banque mondiale, le financement des PPP dans les marchés émergents et en voie de développement (EMDEs) est de 71.5 milliard de dollar US pour 242 projets. Ce chiffre a connu une baisse structurelle par rapport aux années 2011 à 2015 durant lesquelles les investissements ont atteint 121.4 milliard de dollar US par an. Cette baisse s'explique par le ralentissement du marché d'investissement en Turquie, en Afrique du sud et au Pérou. Source : Rapport annuel de la Banque mondiale sur les PPI, 2016. http ://ppi.worldbank.org.

84 OCDE : Partenariat public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources, 2008

85 K. ISHI, D. GENTRY et C. HOON LIM, « Débloquer la croissance de l'économie canadienne grâce aux infrastructures », *Département hémisphère occidental du FMI*, juillet 2017, http ://www.imf.org/fr/News/Articles/2017/07/12/NA071317Unlocking-Canadas-Future-Growth-Through-Infrastructure.

86 N. BRENNER et N. THEODORE, *Spaces of neoliberalism : urban restructuring in North America and Western Europe*, Oxford, Blackwell, 2002.

… / …

développement ont été amenés, *via* des politiques d'ajustement structurel (PAS) et des documents de stratégie de réduction de la pauvreté (DSRP), à redéfinir leur rôle dans leur économie respective. Le désengagement économique de ces États au profit de la légitimation de l'intervention du secteur privé [87] a conduit à la recherche de nouveaux outils de financement du développement, notamment des infrastructures. Le modèle concessif, à travers les partenariats public-privé (PPP), a été privilégiée, sans doute parce qu'il a « *l'avantage de préserver les intérêts légitimes des États tout en favorisant l'efficacité économique* » [88]. La concession est un instrument d'innovation technologique, de sauvegarde des deniers publics et de croissance économique ; et ses raisons qui ont présidé à son épanouissement en France, expliquent encore aujourd'hui son expansion à l'échelle du monde [89]. Toutefois, l'internationalisation du mécanisme concessif ne s'accompagne pas de l'internationalisation du droit français des concessions.

L'existence d'éléments d'extranéité [90] dans la concession induit des perturbations quant à la détermination du régime juridique applicable et du juge compétent [91]. Si le juge administratif a pendant longtemps apporté des réponses circonstancielles, sans logique d'ensemble à ces interrogations multiples [92], sa jurisprudence s'est désormais stabilisée autour du raisonnement formulé dans l'arrêt *Tegos* [93]. La Haute juridiction administrative

---

87 J.-J. GABAS, D. PESCHE, V. RIBIER et B. CAMPBELL, « Nouveaux regards sur la coopération pour le développement et ses transformations, Renewing perspectives for understanding ongoing transformations in development assistance », *Mondes en développement*, 2 avril 2014, n° 165, p. 7-22.

88 H. BIDIASSE, « La théorie de l'agence et la concession des services publics : le cas des chemins de fer camerounais », préc.

89 Tous les continents connaissent la pratique de la concession. Dans le monde, 115 pays possèdent un cadre juridique sur la concession, ou appliquent des règles juridiques très élaborées mais non codifiées. Le Mali est le dernier pays à avoir élaboré une loi relative aux concessions : Loi n °2016 - 061/ du 30 décembre 2016 Relative aux Partenariats Public-Prive au Mali. Voir : Centre de ressource de la Banque mondiale sur les partenariats public-privé (https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership).

90 Ces éléments peuvent être d'origine organique comme dans le cas d'un accord passé entre des parties relevant de plusieurs ordres juridiques, selon la qualité des cocontractants et le titre en vertu duquel ils interviennent (les contrats entre États, les contrats entre personnes publiques infra-étatiques relevant d'États distincts, les contrats conclus entre une personne publique française et une entreprise ou personne étrangère, les contrats conclus par une administration française avec une entreprise ou une personne française mais exécutés sur le territoire d'un autre État).

91 Sur la question de l'internationalisation des contrats administratifs, voir : M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, Economica, 2008.

92 CE, 11 janvier 1952, Leb. 30, CE, 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, req. n° 15093, Leb. 28 ; *Rev. crit. DIP* 1985. 316, concl. FRANC, note Ph. COURSIER.

93 CE, 19 novembre 1999, *Tegos*, req. n° 183648, Leb. 356 ; *AJFP* 2000. 10, obs. F. BERGUIN ; *RFDA* 2000. 833, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *Rev. crit. DIP* 2000. 409, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, note S. LEMAIRE ; *JDI* 2000. 742, note J.-F. FLAUSS; *JCP* 2000. IV. 1439, obs. M.-C. ROUAULT, *RD publ.* 2000. 378, obs. Ch. GUETTIER.

… / …

affirme que la pleine soumission de la concession internationale à un droit étranger écarte, par principe, sa nature administrative et la compétence du juge administratif, à moins que ce contrat international ne soit soumis soit au droit français en tant que droit régissant le contrat, soit même à seulement quelques règles ponctuelles de droit public français [94].

Au-delà de la détermination du périmètre conceptuel se posent des problématiques endogènes qui appellent à une étude de l'acte contractuel concessif.

§ 3. L'ÉTUDE DU MODÈLE FRANÇAIS DE LA CONCESSION

La démarche scientifique qui est la nôtre nécessite préalablement, de déterminer le cadre juridique de l'étude de la concession (A), et de circonscrire les problématiques ainsi que le cheminement méthodologique devant conduire à leur résolution (B).

A. Délimitation et pertinence de l'étude du modèle français de la concession

Déterminer l'existence et la consistance de ce que l'on entend par « la concession à la française » ne peut échapper à la constatation de Paul VALERY : « *ce qui est simple est faux, mais tout ce qui ne l'est pas est inutilisable !* » [95] La doctrine s'est accordée sur l'existence d'un « *modèle national de la concession* » [96]. Mais la question de la détermination des éléments de ce modèle français a fait l'objet d'âpres discussions [97]. Le modèle français de la concession a parfois été identifié dans l'expression de la « concession de service public », laissant penser que la spécificité de la concession découle nécessairement et exclusivement de la spécificité du service public à la française [98]. Cette conception, qui trouve confirmation en droit interne du fait de la

---

94 M. LAAZOUZI, « La nature des contrats administratifs internationaux », *AJDA*, 24 décembre 2012, vol. 44, p. 2420-2428 ; F. BRENET, « Contrat administratif international et droit international privé », *AJDA*, 15 juin 2015, vol. 20, p. 1144-1149.

95 P. VALERY, *Mauvaises pensées et autres*, Paris, Gallimard, 1942, p. 223.

96 D. BARJOT, M.-F., BERNERON-COUVENHES, « Le modèle français de la concession », *Entreprises et histoire*, 2005, n° 38, p. 5-23 ; G. J. GUGLIELMI, « Le modèle français de la concession : conquête ou concurrence ? », *in Le droit administratif est-il encore exportable ?* Colloque publié par *La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, 2007, p. 2094 et s.

97 S. PETITET, « Problèmes et limites de la diffusion internationale d'un modèle de gestion des services publics urbains "à la française". Le cas de l'eau potable », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, n° 31, p. 25-37 ; D. VARASCHIN, « De la concession en Espagne et en Italie », XIXe-XXe siècles », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, n° 31, p. 54-70.

98 H. COURIVAUD, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 1 novembre 2004, t. XVIII, 4, nº 4, p. 395-434.

… / …

résonnance particulière de la notion de service public, ne permet toutefois pas de distinguer suffisamment le modèle concessif français. Dans son acception large, le service public n'est pas une œuvre et une spécificité typiquement française. L'article de Xavier Bezançon sur l'histoire du droit concessionnaire témoigne de l'existence dans la Rome Antique de concessions que l'on peut qualifier, à l'ère moderne, de concession de service public [99].

Il faut préciser qu'historiquement, la concession de travaux publics naquît avant celle de service public [100]. D'usage courant au XIX^{e} siècle, la concession de travaux publics désigne le contrat par lequel une personne privée s'engage auprès d'une personne publique à exécuter un travail public consistant dans la construction ou l'aménagement d'un ouvrage public. À titre de rémunération de ses prestations, le concessionnaire reçoit le droit d'exploiter, pendant un certain temps, l'ouvrage public, le plus souvent en percevant les taxes versées par les usagers de l'ouvrage public [101]. Et c'est bien la concession de travaux publics, exportée à l'international par de grandes entreprises [102], qui imprima sa réputation au modèle français de la concession [103]. L'achèvement des grandes politiques de développement d'infrastructures au début du XX^{e} et le passage à une phase de gestion et d'exploitation des équipements existants a conduit au déclin de la

---

99 C'est le cas notamment du *Mancepts* relatif au service postal : X. BEZANÇON, « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoire*, 1er mars 2005, n° 38, no 1, p. 24-54; La concession du réseau d'eau potable romain de l'*Acqua Marcia* en 1865 qui a permis d'en faire, à l'époque, le meilleur du monde : occidental est un autre exemple de concession de "service public": D. BOCQUET, « Une concession convoitée : le réseau d'eau potable à Rome entre service public, développement capitaliste, géopolitique et idéologie (1864-1964) », Flux n° 97/98, Juillet - Décembre 2014, p. 37-43.

100 A. BLONDEAU, *La concession de service public*, Dalloz, 2e éd., 1933, p. 25 : « *L'élément fondamental de la concession est et demeurera jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'exécution d'un travail public* ».

101 O. DEBANDE, « Le rôle du secteur privé dans le financement des infrastructures. Une mise en perspective historique », *Revue économique*, 1997, 48, p. 197-230.

102 La France détient aujourd'hui, dans les activités de travaux publics, le 4ème rang mondial en termes de chiffre d'affaires. Les « majors du BTP » datant de la fin du XIXe siècle ou du début du XXe existent encore : la Compagnie générale des eaux (aujourd'hui Véolia) fut fondée en 1853, mais passe ses premiers contrats internationaux de réseaux à partir de 1880 ; Grands Travaux de Marseille (aujourd'hui intégrée dans le groupe Vinci) est une société fondée en 1898 ; la Société de construction des Batignolles (SCB) est fondée en 1871 ; les sociétés Dumez et Campenon-Bernard (aujourd'hui, filiales du groupe Vinci) ont été fondées en 1923, la Société auxiliaire des entreprises (aujourd'hui Eiffage) fut fondée en 1924.

103 D. BARJOT, « Spécificité de la grande entreprise dans un secteur original : les travaux publics », in F. Caron (dir.), *Entreprises et entrepreneurs*, XIXe-XXe siècles, 1983, pp. 93-117 ; D. BARJOT, « Acteurs privés et agents publics : le cas des entrepreneurs français de travaux publics (1882- 1974) », *in Techniques territoires et sociétés*, juin 1994, p. 53-60 ; D. BARJOT, S. PETITET et D. VARASCHIN (dir.), « La concession, outil de développement », *Entreprises et Histoire*, n° 31, décembre 2002 ; R.-R. PARK, « Les concessions des travaux publics en Méditerranée : incontestables succès de la Société de Construction des Batignolles », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, p. 13- 24.

… / …

concession de travaux publics et à l'éclosion de la notion de concession de service public. Le régime spécifique des concessions de travaux publics structuré dans ses grandes lignes à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII [104] a, dès lors, inspiré le régime jurisprudentiel de la concession de service public [105].

Le modèle français de la concession est pluriel. Il regroupe en son sein les contrats administratifs à mécanisme concessif. Si la consécration de la concession de service public marque incontestablement l'unité juridique et contentieuse des concessions autour du contrat administratif et du juge administratif, elle démontre aussi sa relativité, puisque le juge administratif confirmera par la suite la richesse de la diversité juridique de la notion de contrat administratif. Il consacrera, par l'arrêt *Thérond*, l'autonomie juridique de la concession de service public vis-à-vis de la concession de travaux publics [106]. Suivra une différenciation plus ou moins aboutie entre la concession de service public, l'affermage [107] et la régie intéressée [108].

En somme, le modèle français de la concession désigne, avant toute autre considération de détail, tout contrat administratif qui organise le transfert de la gestion opérationnelle d'un service public ou celui de l'exécution d'un travail public à une personne privée ou publique. La concession possède cette seconde spécificité d'organiser une économie du contrat fondée sur le financement par le privé de l'infrastructure ou du service public. Enfin, la rémunération du concessionnaire, attachée au résultat de l'exploitation, présente la caractéristique d'être soumise à des fluctuations économiques.

La doctrine et la jurisprudence ont, au fil des années, précisé les spécificités juridiques du contrat concessif. Il en a résulté un droit des concessions partageant des similitudes avec le droit des contrats administratifs tout en n'étant pas totalement assujetti à ce

---

104 L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) attribuait compétence aux Conseils de préfectures (ancêtres des tribunaux administratifs) pour d'une part se prononcer « *sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché* » et d'autre part « *sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et de dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'administration* ».

105 T. confl., 8 février 1873, *Blanco*, préc.

106 CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. CE 1910, p. 193, concl. PICHAT; DP 1912, 3, p. 57, concl. PICHAT; RD publ. 1910, p. 249, note G. JÈZE, S. 1911, 3, p. 17, note M. HAURIOU.

107 CE, 29 avril 1987, *Commune d'Élancourt*, Leb. p. 152 ; RFDA 1987, p. 525, concl. M. ROBINEAU.

108 CE, 10 octobre 1985, *Société des transports automobiles, M. Delattre*, concl. O. FOUQUET, *AJDA*, 1986, p. 106.

… / …

dernier [109]. La loi Sapin du 29 janvier 1993 introduisant la catégorie de la délégation de service public au sein de l'ordonnancement juridique français, participe de cette volonté de fédérer les contrats à mécanisme concessif autour d'un régime juridique codifié.

Mais le modèle concessif français, incarné par la délégation de service public, va peu à peu s'effriter sous l'intervention de plus en plus marquée du législateur qui contribuera à l'émergence d'un droit de la concession hétérogène. Ont ainsi vu le jour à côté de la délégation de service public, les concessions d'aménagement [110] et les concessions de travaux publics [111].

Cet éclatement des régimes des concessions en droit français a renouvelé la pertinence de l'étude de la notion qui connaît également une nouvelle vitalité avec l'essor de son encadrement européen. L'engouement de la doctrine pour la concession s'est accentué, analysant notamment la réorganisation de ses éléments constitutifs, les contradictions internes de la notion [112], son vacillement [113], son européanisation [114] et ses spécificités dans les États membres de la communauté européenne [115]. Tous ces auteurs, partant du focal de la concession de service public, ont également révélé, en filigrane, l'existence d'un « *débat concessif* » [116] portant tant sur la légitimité du modèle que sur sa "résistibilité" face à l'émergence de concepts à mécanisme similaire.

B. Problématiques et plan de l'étude

L'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 transposant la directive du 26 février 2014 définit les concessions comme des « *contrats conclus par écrit, par lesquels une ou*

---

109 Le régime de l'exécution des concessions a maintenu, jusqu'à une date récente, son particularisme vis-à-vis des modalités d'application des règles générales applicables aux contrats administratifs. Ces éléments feront l'objet d'une analyse dans la deuxième partie de cette thèse.

110 Article L300-1 du Code de l'urbanisme.

111 L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; abrogée le 1er avril 2016.

112 L. RICHER, *L'Europe des marchés et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009.

113 S. BOUJU, *La concession de service public : critique d'une banalisation annoncée*, Thèse de doctorat, France, 1999.

114 M. AMILHAT, La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2014, 678 p ; Institut de la gestion déléguée et Chaire « Mutations de l'action publique et du droit public » (eds.), Le droit communautaire des concessions, Paris, France, Ed. Secteur public, 2011, 86 p.

115 Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, France, LGDJ, 2007, 878 p.

116 L. RICHER, *La concession en débat*, Paris, France, LGDJ, 2014, 219 p ; J.-F. AUBY, *Les contrats de gestion de service public*, *op. cit.*, p. 70 et suiv.

… / …

plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ».

Cette définition, à l'image des autres dispositions de l'ordonnance et de son décret d'application [117], affecte fondamentalement le modèle français de la concession.

Sur le plan formel, en se substituant aux divers textes existants [118], les nouvelles dispositions consacrent un droit structuré autour de l'unité de la notion de concession. L'analyse de la directive et de son ordonnance de transposition permet de constater que la proclamation de l'unité concessive s'est opérée à partir de la recherche d'un critère qui, tout en marquant l'identité commune de la concession, affirme en même temps sa singularité au regard des autres contrats publics.

La démarche n'est pas étrangère au juge national qui a cherché à établir, de son côté, depuis plus d'un siècle, l'autonomie de la concession vis-à-vis des autres contrats administratifs. La consécration du risque dans la concession n'est que le résultat d'un processus partagé de recherche du critère majeur d'identification du mécanisme concessif.

Pour autant, la méthode questionne, quant au fond, sur le choix du risque économique. L'essence du mécanisme concessif est connue et ne diffère pas d'un pays à l'autre [119]. En revanche, la recherche du critère d'individualisation de la concession a toujours été empreinte de dynamisme et d'évolutions. La singularisation de la concession a historiquement fait appel au critère de l'objet [120], à celui du mode et de l'origine de la rémunération [121]. La Commission européenne n'a pas également hésité à affirmer, entretemps, que le droit d'exploitation était le critère ultime de la concession [122]. La

---

117 Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

118 Loi Sapin du 29 janvier 1993 et l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, préc.

119 Le mécanisme concessif, de manière empirique, comporte deux éléments : organisation d'une économie (du contrat) fondée sur le financement par le secteur privé des infrastructures ou des services (publics). La rémunération du privé, attachée au résultat de l'exploitation, est soumise à des fluctuations économiques.

120 L'attractivité des notions de travail public, l'ouvrage public et le service public a contribué à en faire, en France, des critères d'identification de la concession.

121 CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, préc. ; CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune de Lambesc*, req. n° 168325, Rec. ; p. 137.

122 Point 2.1. du projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions du 24 février 1999.

cristallisation du critère du risque économique pose la question de ses vertus à identifier, à lui seul, le mécanisme concessif.

Elle questionne également sur la simplification du mécanisme concessif. En effet, on assiste, du point de vue du droit français, à une banalisation du critère organique et de celui de l'objet. Ces derniers deviennent permissifs à de nouvelles notions qui rendent leur identification moins rigoureuse et par là, neutralisent un peu plus leur pouvoir discriminant. C'est, en creux, une orientation vers la sophistication du contrat de concession par le critère du risque qui est initiée puisque l'identification de ce dernier reste technique et complexe.

En définitive, le modèle concessif français, contrairement à ce que le retour à la terminologique originelle peut laisser supposer, a fondamentalement évolué. Ses métamorphoses imposent au chercheur l'adoption d'une nouvelle approche qui, tout en mettant l'accent sur les zones d'ombre de la notion contractuelle de la concession, sera à même de rendre compte de l'exhaustivité de sa transformation. La concession appelle dès lors à une étude globale des problématiques de son identité et de son droit dans un environnement juridique transformé.

L'identité de la concession soulève une double réflexion. La première, relative aux critères constitutifs de la notion, prendra pour modèle de base les éléments qui structurent la concession de service public et de travaux publics. Ainsi, par ce prisme, la modélisation de l'évolution conceptuelle et juridique du contrat de concession permettra de faire émerger les mutations internes de chaque critère. La seconde porte sur l'unité de la notion. Elle fait l'objet d'une revendication tant par le droit interne à travers la notion de délégation de service public que par le droit européen par la consécration d'une définition unificatrice. Notre étude permettra de procéder, à travers une analyse de l'articulation des critères, à l'actualisation de l'identité du modèle concessif (**PREMIÈRE PARTIE**).

La problématique du droit de la concession questionne, quant à elle, sur le passage des règles d'attribution des concessions d'une phase « *quasi-discrétionnaire* » [123] à une phase de « *publicité et de mise en concurrence* » obligatoires [124]. L'européanisation du modèle concessif, outre les mutations qu'il introduit dans les différentes étapes de la vie du contrat de concession, consacre la cohérence de son régime juridique et son appartenance à la commande publique (**DEUXIÈME PARTIE**).

123 F. LICHÈRE, « La passation des concessions », *AJDA*, 23 mai 2016, vol. 18, p. 1000-1007.

124 *Ibid.*

PREMIÈRE PARTIE : Le renouvellement de l'identité du modèle français de la concession.

DEUXIÈME PARTIE : Les mutations du régime juridique du modèle français de la concession.

PREMIÈRE PARTIE.

L'IDENTITÉ RENOUVELÉE DE LA CONCESSION

Attester de l'évolution de l'identité juridique de la concession peut, *a priori*, rendre perplexe au regard de la confirmation des critères traditionnels présidant à l'identification de la notion depuis sa consécration. Toutefois, si le contenant que constitue le terme de concession est pérennisé, le contenu, quant à lui, a subi de profondes transformations.

En effet, l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a inscrit dans le « marbre juridique »[125] français la nouvelle définition européenne du mécanisme contractuel concessif. Ce faisant, l'ordonnance opère une restructuration de la notion interne de concession. Le prestige du critère organique et de celui de l'objet de la concession est préservé au prix d'une actualisation de leur mécanisme d'application. À côté de ces critères initiaux dont la logique de fonctionnement a été renouvelée, existent également des éléments d'identification dont l'influence a été substantiellement renforcée.

De toute évidence, le renouvellement de l'identité juridique du modèle français de la concession découle aussi de l'émergence de nouveaux critères qui innovent tant par leur capacité à mettre en perspective le particularisme de la concession que par leur logique de différenciation avec les autres contrats administratifs de la commande publique.

En somme, la tentative de reconsolidation de l'identité de la concession se manifeste par le réaménagement de ses critères d'identification. D'une part, les critères traditionnels ont relativement perdu de leur consistance (**Titre I**), d'autre part, le critère du risque d'exploitation, tout en revivifiant le modèle concessif, comporte des carences susceptibles de fragiliser, *in fine*, la notion (**Titre II**).

125 Terme emprunté à Th. PIKETTY, *Le Capital au XXIe siècle*, Le Seuil, 2013, p. 623.

TITRE I.

LA PERTE D'UNITÉ DES CRITÈRES CLASSIQUES DE LA CONCESSION

Pendant longtemps, le classicisme apparent du critère organique et de celui de l'objet a conduit la doctrine à les catégoriser parmi les théories immuables des contrats administratifs. Pourtant, en observant de près, ces critères classiques révèlent, s'agissant spécifiquement du contrat de concession, plus de paradoxes que de vérités juridiques établies.

La confrontation entre la concession d'inspiration française [126] avec la notion concessive promue par le droit communautaire, puis européen invite à revisiter les critères du premier à la lumière des métamorphoses induites par le second.

Jouissant d'une stabilité exceptionnelle du fait de son profond ancrage idéologique au mécanisme concessif, le critère organique, c'est-à-dire la présence obligée d'une personne publique, a entamé lentement, sous l'empire du droit européen, sa révolution.

La « *pureté* » [127] initiale du critère qui sous-tend le refus à admettre d'autres formes de personnalité juridique autre que la personne morale de droit public, admet désormais, à la marge, de nouvelles notions qui remettent en cause son unité (**Chapitre I**).

Le critère de l'objet initialement circonscrit autour des notions de travail public et de service public, a achevé sa « *communautarisation totale* » [128], perdant de ce fait leur influence dans la formation de la concession (**Chapitre II**). Cette inconsistance des critères historiques révèle, en creux, la première amorce du renouvèlement de son identité juridique du modèle français de la concession.

---

126 H. COURIVAUD, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 1 novembre 2004, t. XVIII, 4, n° 4, p. 395-434.

127 Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 20 juin 1996, vol. 6, p. 84-91.

128 *Ibid.*

CHAPITRE I.

LA PERTURBATION DE L'UNITÉ DU CRITÈRE ORGANIQUE

Parmi les éléments de référence constitutifs de la concession, l'élément organique, c'est-à-dire la présence d'une personne publique, présente le caractère le plus solennel. Son existence n'a jamais été remise en cause ni par le juge qui l'a consacré, ni par la loi dans la mesure où la formation du contrat de concession fut historiquement tributaire de la présence d'une personne publique. La permanence de son exigence par la loi et la jurisprudence a fait consensus dans la doctrine. En effet, la fonction première qu'assure le critère organique s'explique par sa capacité à agréger les notions essentielles qui concourent à la formation de la concession telles que l'intérêt général, le service public ou encore le travail public.

C'est ce particularisme organique qui auréole l'exigence de la présence d'une personne publique dans la concession d'une rigidité et d'une permanence beaucoup plus rigoureuses que celles exigées dans les autres contrats administratifs. C'est également cette structure autour de la seule personne publique qui a maintenu la cohésion du modèle français de la concession et justifié l'application de règles particulières (**Section I**).

L'introduction du concept d'autorité concédante par l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession [129] renouvelle le champ d'application organique du nouveau droit des concessions. Le terme en lui-même n'est pas nouveau puisqu'il fut consacré par la jurisprudence et la doctrine du début du XX^{e} siècle pour désigner la personne publique concédante. Mais l'idée contemporaine qu'il véhicule a connu une mutation. L'autorité concédante permet d'appréhender, dans un cadre commun, les entités européennes et nationales susceptibles d'être à l'initiative de la conclusion des contrats de concession. En cela, elle ne fait plus exclusivement référence aux personnes publiques, mais s'ouvre aux entités qui répondent aux critères de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice. La notion d'autorité concédante permet surtout de soumettre ces entités à des contraintes juridiques dans la procédure de passation de ces contrats. Ce bouleversement notionnel provoque des perturbations dans la conception française du critère organique dans la mesure où, le principe de la présence d'une personne publique dans la formation de la concession admet désormais des exceptions (**Section II**).

[129] Les articles 8, 9 et 10 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession.

SECTION I.

L'INITIALE STABILITÉ DE L'EXIGENCE DE LA PERSONNE PUBLIQUE DANS LA DÉTERMINATION DE LA CONCESSION

La stabilité du critère organique dans la formation du contrat de concession a, dans un premier temps, été maintenue par les spécificités inhérentes à la personne publique, dégagées par la doctrine et le juge administratif (§ 1). L'unité du critère organique a ensuite connu des crises du fait de l'admission de mécanismes d'assouplissement de la présence du critère organique. Du fait de la logique qui sous-tend la concession, celle-ci fut préservée de la crise de l'instabilité du critère organique dans les contrats administratifs. La personne publique jouit encore aujourd'hui d'une autorité qui s'appuie sur une politique jurisprudentielle rappelant l'exigence stricte de la présence d'une personne publique dans les concessions (§ 2).

§ 1. UNE STABILITÉ ASSURÉE PAR LES SPÉCIFICITÉS DU CRITÈRE ORGANIQUE

Plusieurs justifications ont été proposées pour expliquer la « *prédominance constante* » [130] de la personne publique dans la formation de la concession. Celui des liens naturels, faisant référence à la consubstantialité des critères présidant à la formation de la concession, semble constitué l'une des justifications les plus solides. Elle se manifeste par les spécificités intrinsèques du critère organique (A), mais également par l'intangibilité du lien avec les autres critères (B).

A. Une stabilité découlant de l'homogénéité du critère organique

Malgré une carence d'analyses doctrinales, deux sortes de manifestations, antinomiques, permettent d'appréhender le caractère homogène du critère organique dans la concession. La première s'illustre à travers sa capacité à structurer la notion (1) alors que, paradoxalement, la seconde s'apprécie au regard de la sévérité de la sanction juridique qui naît de l'absence de cette condition (2).

130 N. DELORT, *L'influence du critère organique sur la délégation de service public*, Thèse doctorat, École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société, Tours, France, 2007, p. 35.

… / …

1. Le consensus doctrinal autour du critère organique

Un contrat n'est administratif que lorsque la présence d'une personne publique est avérée [131] et la concession, en tant que contrat administratif, ne déroge pas à cette règle [132]. Pourtant, ce critère, pivot autour duquel s'est construite la théorie générale du contrat administratif, n'a presque jamais suscité l'engouement des auteurs tant dans le domaine plus particulier de la concession que celui plus général des contrats administratifs [133].

En effet, la concession a hérité d'une riche production doctrinale entre la fin du XIX^{e} siècle et le milieu du XX^{e} siècle qui s'était donnée pour vocation de systématiser les différentes règles qui participent à sa constitution [134]. Cette période, caractérisée par la stimulation à la fois intellectuelle et jurisprudentielle que procurait la formation d'une théorie générale des contrats administratifs, a érigé le critère organique en parent pauvre en ne lui consacrant que très peu d'analyses. Par exemple, dans son ouvrage sur les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, Gaston Jèze mettait notablement l'accent sur l'accord de volontés entre l'administration et un particulier. Concrètement, l'auteur n'a consacré aucun développement substantiel au critère organique lorsqu'il traitait de la question du caractère administratif du contrat de concession de service public, si ce n'est que « *le contrat qui intervient entre l'administration et le concessionnaire est un contrat administratif au sens précis du mot* » [135]. Certainement, le titre de l'ouvrage, assez évocateur, donnait des indications générales mais insuffisantes sur l'élément organique

---

131 Sous réserve que le critère alternatif soit satisfait.

132 F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA* 2002, p. 341.

133 « *Il faut bien admettre que la condition organique n'a jamais passionné la doctrine entre la fin du XIX et le milieu du XX siècle. Tous les auteurs, sans exception, admettaient que la nature administrative d'un contrat découlait nécessairement de la présence d'une personne publique* ». F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, tome 1, Thèse, Poitiers, 2002, p. 34.

134 G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics : rémunération du contractant, sanction des obligations contractuelles, expiration de la concession, rachat*, Paris, France, LGDJ, 1936, p. 242 ; G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1945, xiv+625 p ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, France, LGDJ, 1956, vol. 3/, 383+415+454 p.

135 G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*

… / …

dont il était question. Jacques Sudre [136] et Jean Rouvière [137] ont opté pour leur part à la même démarche, préférant consacrer d'importants développements au domaine de l'exécution du contrat au détriment de sa formation. Pour exemple, Jacques Sudre, dans sa thèse sur *La compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, ne consacrera aucun développement au critère organique [138]. André de Laubadère fut l'un des tout premiers auteurs à consacrer un livre dans son Traité des contrats administratifs à l'étude de la formation des contrats administratifs. Le second titre du livre, intitulé « les conditions de validité des contrats administratifs », a mis l'accent dans son chapitre II sur la qualité des cocontractants. Aussi, le titre II, portant sur les critères jurisprudentiels démontrait la nécessité de la participation d'une personne publique : « *Une première condition exigée pour un contrat puisse être administratif est que l'une des parties au moins soit une personne publique.* » [139] Toutefois, comme le rappelle le professeur François Brenet, l'œuvre de André de Laubadère ne consacre que quatre pages en tout et pour tout au critère organique alors que le *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* comporte plusieurs centaines de pages [140]. La rareté de la recherche doctrinale sur le critère organique du contrat administratif se manifeste également par une quasi-absence dans les ouvrages généraux [141]. Le désintérêt semble encore plus prononcé lorsqu'on tente de répertorier les thèses [142] et articles [143] consacrés au sujet. Ceux-ci ne sont pas pour la plupart récents et donnent finalement l'impression que tout a déjà été dit.

---

136 J. SUDRE, *La compétence du Conseil d'état en matière de contrats*, Paris, France, Recueil Sirey, 1928, vol. 1/, 144 p.

137 J. ROUVIÈRE, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Thèse, Université de Paris (1896-1968). Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1930, 188 p.

138 J. SUDRE, *La compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, *op. cit.*

139 A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 55.

140 F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers. UFR de droit et sciences sociales, France, 2002, p. 35.

141 Par exemple, l'ouvrage de L. RICHER et F. LICHÈRE n'aborde le critère organique du contrat administratif que pour en illustrer les applications particulières : L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., Paris, France, L.G.D.J., 2016, p. 116-131.

142 Notamment : L. LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, Thèse de doctorat., France, 1998, 513 p ; I. POIROT-MAZÈRES, *La représentation en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, France, 1989, 532 p ; P. MURGUE-VAROCLIER, *Le critère organique en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Lyon, 2017 ; N. DELORT, *L'influence du critère organique sur la délégation de service public*, Thèse doctorat, École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société, Tours, France, 2007, 676 p.

143 On peut citer quelques-uns : Ph. LAGRANGE, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *Droit administratif*, 1 mars 2000, vol. 3, p. 7-12 ; F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », art cit ; R. NOGUELLOU, « La qualification de contrat administratif d'un contrat passé entre

… / …

Cependant, ce manque d'intérêt n'est pas représentatif de l'influence du critère organique dans la concession. Cette dernière est particulièrement forte si l'on prend en compte la spécificité de ce contrat. En réalité, le principe de la présence d'une personne publique dans la concession est l'une des règles dont la permanence fait consensus [144]. Il est tout aussi important dans les énonciations qui en ont été faites que par le silence dont il fait l'objet. Il fait office de point de rencontre, d'articulation en l'absence de laquelle, la recherche des autres critères paraîtrait illusoire. C'est une condition essentielle sous le sceau de sous-entendu [145].

2. Une absence exclusive de la qualification de concession

À l'opposé des autres critères participant à l'identification de la concession, l'appréciation du critère organique apparaît constamment rigide [146]. Son rôle est décisif dans l'identification de tous les contrats administratifs puisqu'« *un contrat ne peut, en principe, être administratif que si l'une des parties, au moins, est une personne morale de droit public* » [147]. Cette situation peut sembler paradoxale si l'on considère, comme précédemment évoqué, le peu d'intérêt suscité par ce critère auprès du juge administratif d'une part, et l'économie de réflexions que lui réserve généralement la doctrine d'autre part. Toutefois, la loi MURCEF [148] et les arrêts rendus à ce sujet illustrent bien, à travers leur rigueur, l'importance que revêt la personne publique dans les concessions en dénuant tout caractère administratif aux contrats conclus entre deux personnes privées [149], peu importe le lien qu'entretient le contrat avec une mission de service public [150] ou de travaux

---

deux personnes privées », 2010, n° 05, p. 267 ; D. SOLDINI, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », 2010, n° 06, p. 1114.

144 F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », art cit.

145 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 189.

146 P.-J. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, France, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, paragr. 645.

147 J-F. LACHAUME, H. PAULIAT et S. BRACONNIER, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, France, Presses universitaires de France, 2014, vol. 1/, p. 486 et suiv.

148 L'article 3 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

149 T. confl., 8 juillet 2013, n° 3906, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques* ; T. confl., 3 mars 1969, *Société Interlait* : Rec. CE 1969, p. 682 ; *AJDA* 1969, p. 307, concl. J. KAHN et note A. de LAUBADÈRE ; RD publ. 1969, p. 695, note M. WALINE ; *CJEG* 1970, p. 31, note A. C. – T. confl., 14 février 2000, *Époux Pellizzari c/ Caisse régionale du Crédit agricole mutuel Sud Alliance* : Rec. CE 2000, p. 745 ; *BJCP* 2000, n° 10, p. 217 ; *RFDA* 2000, p. 1137.

150 T. confl., 23 octobre 1995, *Société Canal + imm. et a. c/ SEMEA XVe et a.* ; Rec. CE 1995, p. 500 ; D. 1996, inf. rap. p. 22. CE, 15 mars 1999, req, n° 199889, *Union des Mutuelles de la Drôme*. *RFDA* 2002, p. 350, note F. LICHÈRE.

… / …

publics [151]. Il est à exclure, abstraction faite de la notion d'organisme de droit public [152], qu'une personne privée puisse conclure un contrat de concession de service public ou de travaux publics en qualité de délégant. Pour le Conseil d'État, la place et la valeur du critère organique ne s'apprécient véritablement dans les contrats qu'en son absence. En effet, l'insatisfaction du critère organique verrouille la possibilité de qualifier un contrat de concession, même si ce dernier porte sur un service public ou des travaux publics [153], ou encore qu'il se réfère à un cahier des clauses administratives générales ou qu'il comporte une clause exorbitante du droit commun [154]. En effet, à la différence des autres contrats administratifs pour lesquels le seul critère organique apparaît insuffisant pour leur conférer un caractère administratif, les contrats de concession, particulièrement ceux de travaux publics et de service public apparaissent comme des contrats administratifs « *par nature* » [155] dès lors qu'elles exigent toujours la présence d'une personne publique. La prégnance de cet « élément structurant » [156] du contrat administratif emporte une conséquence originale dans la concession.

B. Une stabilité justifiée par l'intangibilité des liens avec l'objet et la liberté de choix du mode de gestion

La stabilité du critère organique s'illustre par la relation originelle et classique qu'il entretient avec l'objet de la concession. C'est la personne publique qui génère, au nom de l'intérêt général, l'activité (1). C'est également la personne publique qui, par l'activation de son autonomie d'administration, choisit le mode de gestion de l'activité (2).

---

151 T. confl., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Entreprise Solon & Barrault* : Rec. CE 1972, p. 944 ; RD publ. 1972, p. 465, concl. G. BRAIBANT ; *AJDA* 1972, p. 353, note J. DUFAU ; *CJEG* 1973, p. 30, note J. CARRON ; *JCP* G 1973, II, 17312, note F. MODERNE ; T. confl., 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon*, BJDCP 2002, n° 21, p. 127, concl. BACHELIER.

152 Cette notion, véritable exception à la rigidité du critère organique, fera l'objet d'une analyse complète dans la section II.

153 T. confl., 24 novembre 1997, n° 3060, *Société De Castro c/ Bourcy et Sole*, 1997-051148 ; Rec. CE 1997, p. 540. CE, 21 juillet 1972, n° 78563, *Société "Entreprise Ossude*" : Rec. CE 1972, p. 562 ; CE, 16 mars 1966, n° 65551, *Société eaux de Marseille* : Rec. CE 1966, p. 1019.

154 CE, 9 février 1994, n° 126485, *Société autoroutes Paris-Rhin-Rhône* ; Rec. CE 1994, p. 63.

155 N. DELORT, *L'influence du critère organique sur la délégation de service public*, *op. cit.*

156 J-F. LACHAUME, « Réflexions naïves sur l'avenir du service public » dans *Mélanges en l'honneur D. Labetoulle : Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 525.

… / …

1. L'intangibilité du lien entre le critère organique et l'objet de la concession

Dans tous les contrats administratifs, le maintien de l'exigence organique répond à un postulat simple : la nature des critères matériels alternatifs du contrat administratif dissimule, l'un comme l'autre, un élément organique implicite qui fait défaut lorsque le contrat est conclu entre personnes privées [157]. Qu'il s'agisse du critère de l'objet [158] ou de celui des clauses [159] ou du régime exorbitant de droit commun [160], leur évocation ne peut que s'entendre et se comprendre qu'à travers la présence d'une personne juridique ayant autorité à les activer. La construction du droit des contrats administratifs s'est opérée autour du critère organique et cette évidence s'impose lorsqu'il s'agit plus particulièrement de la concession qui bénéficie d'une sorte de consubstantialité originelle renforcée. Les critères de formation de ce contrat résultent en effet exclusivement du droit public et la concession catalyse tous les éléments de la puissance publique.

En outre, la rigidité de l'arrimage de la concession à une personne publique est liée à la volonté du juge administratif de restreindre le champ d'application de cette dernière autour d'un ensemble de règles de compétences homogènes. Par conséquent, il s'était agi de faire de la personne responsable de l'objet un critère implicite de la détermination de la personne publique concédante et de fait, un élément d'identification de la concession. Cette responsabilité implique qu'elle soit celle qui prend l'initiative puisqu'elle « *détient les compétences nécessaires pour créer le service public, en fixer l'organisation, en diriger le fonctionnement et en assumer la responsabilité politique devant ses membres constitués en corps électoral* » [161].

La responsabilité de l'objet concédé pose deux verrous d'exclusion vivifiant l'autorité de la personne publique. Le premier verrou, tourné vers l'extérieur, exclut les personnes privées en leur déniant, abstraction faite de certaines hypothèses [162], le bénéfice de la responsabilité de l'objet concédé. Il est de jurisprudence constante que le fait qu'une

---

157 N. BOULOUIS, Contrats administratifs entre personnes privées : quid novi sub sole ? *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, Paris, France, LGDJ-Lextenso éd., 2013, p. 35.

158 CE, sect. 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Leb. 167 ; pour les contrats faisant participer le cocontractant à une mission de service public. CE, sect. 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, Leb 168 pour les contrats constituant une modalité d'exécution du service public ; TC, 25 mars 1996 *Berkani*, Leb 535 pour les contrats de louage de services.

159 CE, 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. C.E. p. 909.

160 CE, 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* : Rec. p. 48.

161 J.-C. DOUENCE, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », Dalloz ; l., 2008, paragr. 8.

162 Ces hypothèses seront étudiées ultérieurement.

… / …

personne privée ne puisse prendre l'initiative de la création d'un service public ou l'exécution d'un travail public exclut qu'elle puisse conclure un contrat en qualité d'autorité concédante [163] : la responsabilité de l'objet faisant ici défaut.

Le second verrou, tourné vers l'intérieur, conditionne l'action de certaines personnes publiques qui, du fait de leur régime juridique particulier, ne se voient pas reconnaître la capacité de la responsabilité de l'objet [164]. La concession est conclue par une personne morale de droit public, ce qui inclut l'État et ses établissements publics, les collectivités et leurs établissements publics. De ce fait, le principe de spécialité auquel répond l'établissement public constitue un critère limitatif de leur capacité à être responsable d'un service public.

Observons que l'idée de maîtrise a été avancée par des auteurs pour identifier la personne publique à qui incombe la responsabilité de l'objet concédé [165]. L'intérêt ici est de permettre l'identification, au stade de l'exécution de la concession, des obligations des différents acteurs. Cette idée est séduisante lorsqu'on l'applique exclusivement à la concession de service public [166]. Elle permet à la fois d'illustrer le rôle prépondérant de la personne publique dans la création d'un service public ou dans la qualification *a posteriori* d'une activité créée par une personne privée en service public [167] et de distinguer la « gestion proprement dite », délégable et qui « *se ramène à l'exécution de la mission conformément à un cadre juridique préétabli* » [168] de l'idée de maîtrise dont la personne publique ne peut céder. Cependant, elle n'illustre que partiellement le phénomène et les relations complexes qui naissent entre le concédant et le concessionnaire du service. Il y a une maîtrise. Mais cette dernière n'est pas totale dans la concession. Concéder, c'est faire confiance. La concession consiste pour l'administration à confier à autrui une partie de la mission qui lui incombe. C'est surtout

---

163 TA de Nice, 7 décembre 1999, *Établissement Alain Marine c/ Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 88218, *BJCP* 2000, n° 10, p. 204.

164 CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. 284736 « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers* ».

165 À titre d'exemple, on peut citer A.-S MESCHERIAKOFF, Droit des services publics, *PUF*, Droit fondamental, 1991, p. 269 ; G. MARCOU, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*. 1994, p. 691 et 875 ; J.-C. DOUENCE, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », art cit.

166 *Ibid.*, p. 8.

167 CE, 13 mai 1938 - *Caisse primaire "Aide et protection"*- Rec. Lebon p. 41.

168 J.-C. DOUENCE, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », art cit, p. 8.

… / …

un savant mélange entre la possibilité pour l'administration de se détacher d'une mission dont elle ne peut indéfiniment être éloignée [169] et l'assurance de savoir qu'elle sera exécutée conformément aux modalités contractuelles qu'elle a largement contribué à définir. Cette idée de la concession semble difficilement conciliable avec celle de la maîtrise complète comme présentée par ces auteurs.

La problématique se complexifie avec les concessions d'aménagement. Les contrats que le concessionnaire passe pour la réalisation des ouvrages sont passés en son nom et pour son compte, et non pour le compte du concédant. La concession d'aménagement s'accompagne nécessairement du transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération du concédant au concessionnaire. La maîtrise d'ouvrage est une garantie de l'autonomie du concessionnaire dans l'exercice des missions qui lui ont été confiées par le concédant. Le concédant n'a pas vocation à assurer la maîtrise des travaux qu'il concède, *a fortiori*, lorsque ces derniers doivent permettre au concessionnaire d'assurer une mission de service public. Quelques raisons expliquent cet état de la jurisprudence.

Le concédant, parce qu'il n'en aura pas la jouissance immédiate, n'assume pas la direction technique des travaux, et ce, malgré leur qualité de publics, et nonobstant leur caractère de biens de retour ayant vocation à lui revenir en définitive [170]. Et en vertu de la jurisprudence désormais classique du Conseil d'État selon laquelle le concédant « *n'assurant pas la direction technique des actions de construction et ne bénéficiant d'une remise des ouvrages qu'au terme du contrat, elle ne pouvait être regardée comme jouant, ni pendant les travaux ni avant la remise des ouvrages, le rôle de maître de l'ouvrage* » [171], on peut définitivement considérer que la maîtrise, au sens où elle est entendue par certains auteurs est imparfaite pour qualifier le lien intrinsèque entre le concédant et l'activité. Cependant, il est à cet égard intéressant de relever que les textes actent explicitement, en matière de concession de service public de distribution d'électricité la possibilité pour le concédant de ne pas confier à leur concessionnaire la totalité de la maîtrise d'ouvrage des travaux sur le réseau concédé sans pour autant remettre en cause le terme de « *concession* » pour désigner les conventions conclues pour le service public de la distribution d'électricité. Ainsi, selon l'article 36 de la loi de 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les « *collectivités locales concédantes conservent la faculté de faire exécuter en tout ou partie à leur charge, les travaux de*

169 J.-F. LACHAUME et al., *Droit des services publics*, Paris, France, LexisNexis, 2015, paragr. 391.

170 CE, 22 juin 1928, *De Sigalas* : Rec. CE 1928, p. 785.

171 CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, req. n° 297509, Lebon ; *AJDA* 2009. 1226 ; voir aussi CE, 9 décembre 2011, n° 342283, *Commune d'Alès* : *BJCP* 2012, p. 113, concl. N. BOULOUIS.

premier établissement, d'extension, de renforcement et de perfectionnement des ouvrages de distribution ». De même, l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que, en « *application des dispositions du 4ème alinéa de l'article 36 de la loi du 8 avril 1946 précitée, les collectivités et établissements précités peuvent assurer la maîtrise d'ouvrage des travaux de développement des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz* ».

Aussi, nous semble-t-il plus prudent de nous référer à l'article L. 1411-1 du CGCT dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1er février 2016 qui identifie le concédant à travers le critère du dépositaire de la responsabilité du service. Ainsi, le concédant « *est la personne responsable du service délégué* ». Il s'agit explicitement de l'autorité administrative ayant compétence pour créer le service en question.

Cette approche ne doit pas être minorée au regard de l'évolution rédactionnelle de l'article L. 1411-1 qui ne mentionne plus le fait que les collectivités territoriales doivent avoir « *la responsabilité* » du service dont elle confie la gestion, puisqu'il n'en reste pas moins, concernant les services publics, que la collectivité territoriale ne pourra, bien évidemment, déléguer la gestion que si elle est compétente pour ce faire. De toute évidence, la notion de délégation de service public a été élaborée pour ne viser que les hypothèses dans lesquelles « *une personne publique chargée d'un service public confie la gestion de ce service à une autre personne qu'il lui appartient de choisir* » [172].

Le critère implicite de la responsabilité conditionne également la pleine jouissance de la liberté de choix du mode de gestion par le critère organique [173].

2. L'intangibilité du lien entre le critère organique et la liberté de choix du mode de gestion

Le libre choix du mode de gestion, qu'il s'agisse de l'État ou des collectivités territoriales, repose sur des fondements constitutionnels. Comme le rappelle le professeur Jean-Claude Douence, l'analyse doctrinale a bien montré que le libre choix du mode de

---

172 CE, sect. TP, avis, 9 mars 1995, n° 35931 : Rapport public 1995, p. 399.

173 CE, sect., 6 avril 2007, *Commune Aix-en-Provence*, n° 284736 : Leb ; 155 ; *ACL* 2008, n° 17 et 73 ; *Dr. adm.* 2007, n° 95, note BAZEX et BLAZY ; *RD publ.* 2007. 1367, note BUIXUAN ; *JCP Adm*. 2007, n° 2111, note KARPENSCHIF ; *ibid*. 2002. 2125, note LINDITCH ; *ibid*. 2007. 2128, note PONTIER ; *AJDA* 2007. 1020 ; *ibid.* 1153 ; RICHER ; *RFDA* 2007. 812, concl. SENERS ; *ibid.* 821, note DOUENCE ; *BJCP* 2007. 283, concl. SENERS, obs. R. S.; *RLCT* 2007, n° 724, note M.- C. ROUAULT ; *BJCL* 2007. 558, obs. G. MOLLION.

… / …

gestion des services publics est un élément de la libre administration des collectivités territoriales [174] et du pouvoir règlementaire [175]. La jurisprudence constitutionnelle y apportera une confirmation tardive, mais explicite [176]. Il résulte de cette jurisprudence constitutionnelle que la loi ne peut apporter une limitation à la libre administration qu'à la condition qu'elle soit justifiée par des fins d'intérêt général [177]. C'est ainsi que le législateur, à titre d'exemple, est amené à imposer la régie directe pour l'enseignement primaire public [178], le choix de la gestion déléguée à une entreprise publique nationale pour la distribution d'électricité et de gaz [179], un choix restreint à la régie ou la gestion déléguée pour le service des pompes funèbres [180] ou l'imposition de la délégation, *via* une concession, pour l'exploitation d'une chaîne de télévision [181]. Le Conseil d'État apporte une confirmation lorsqu'il affirme dans un avis rendu le 7 octobre 1986 que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que, le service ne soit pas au nombre de ceux qui par leur nature ou par la volonté du législateur ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même* ».

Pourtant, la jurisprudence administrative était initialement réfractaire à l'idée d'une reconnaissance formelle de la liberté de choix du mode de gestion des services publics locaux. Cette réticence résultait essentiellement du fait qu'elle considérait que le choix local était un choix nécessairement assujetti à une autorisation de la loi ou à l'approbation

---

174 Article 72 alinéa 3 de la Constitution.

175 Article 37 de la Constitution.

176 Pour une illustration, voir : Conseil Cons. 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *loi relative au secteur de l'énergie* : Rec. p. 120, JORF 8 décembre 2006, p. 18544, Cahiers Cons. Const., n° 12 ; D. 2007. 1760, note M. VERPEAUX ; RFDC 2007. 313 ; chron. X. MAGNON ; *AJDA* 2007. 473, note G. MARCOU.

177 Article 34 de la Constitution.

178 Article L 221-1 du Code de l'éducation : « L'éducation est un service public national, dont l'organisation et le fonctionnement sont assurés par l'État, sous réserve des compétences attribuées par le présent Code aux collectivités territoriales pour les associer au développement de ce service public ».

179 Article L. 111-2 du Code de l'énergie : « Les sociétés gestionnaires des réseaux de transport d'électricité et les sociétés gestionnaires des réseaux de transport de gaz agréées sont désignées par l'autorité administrative, sans préjudice de la nécessité d'obtenir, respectivement, le titre de concession ou l'autorisation requis pour exercer leurs activités ».

180 Article L. 2223-19 CGCT : « peut être assurée par les communes, directement ou par voie de gestion déléguée ».

181 CE, Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, Rec. CE, p. 97, RD publ. 1986, p. 847, concl. O. DUTHEILLET de LAMOTHE, *AJDA* 1986, p. 284, chron., *RFDA* 1987.2, notes P. DELVOLVÉ et F. MODERNE, *JCP* 1986.20617, note M. GUIBAL.

… / …

de l'autorité de tutelle [182]. L'ouverture est amorcée avec l'arrêt *Guanter* [183] par lequel le juge administratif esquisse une présomption de compétence du conseil municipal en matière d'administration communale chaque fois qu'une loi ne prévoit pas de limitation expresse [184]. C'est à l'occasion de l'arrêt *Loupias* [185] portant sur la gestion du service public de l'eau et de l'assainissement que le Conseil d'État va expressément se prononcer sur la liberté de choix du mode de gestion des collectivités territoriales. Il a estimé que la commune qui décide de procéder à un « *appel d'offres restreint préalable* » avant de passer un contrat d'affermage avait entendu, par cette consultation, susciter des propositions tout en conservant sa liberté d'opter ultérieurement entre, soit une exploitation du service en régie directe, soit le recours à un cocontractant de son choix comme gérant ou comme fermier. Il précisa qu'« *il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur l'opportunité des choix opérés par l'administration d'une part en écartant l'exploitation en régie directe au profit de l'affermage, et d'autre part en choisissant comme fermier la société d'aménagement urbain et rural* » [186]. En se fondant, dans les arrêts *Ville de Paris* [187] d'une part, et *Syndicat national des personnels techniques administratifs et de service de l'équipement CGT* [188] d'autre part, rendus le 6 janvier 1995, sur les dispositions de l'article L. 121.26 du Code des communes et de l'article 23 de la loi 82-213 du 2 mars 1982 [189], le Conseil d'État en déduit qu'« *il appartient au seul conseil* [municipal ou général] *de décider de créer ou de supprimer des services publics, d'en fixer les règles générales d'organisation et, de façon générale, de prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services* [de la collectivité] ». Il poursuit : « *Dans ces conditions, la décision de confier les missions assumées par un service* [de la collectivité] *à une entreprise privée*

---

182 J.-C. DOUENCE, « Le choix du mode de gestion des services publics locaux », art cit, p. 30.

183 CE, 1er avril 1960, *Guanter* : Lebon p. 249 ; S. 1960. J. 239, note SIRAT.

184 Pour d'autres illustrations, voir : CE, 24 février 1971, *Commune de Saint-Maure-de-Touraine* : Lebon p. 155 ; RDP 1971. 1348. T. confl., 7 juillet 1975, *Commune des Ponts-de-Cé c. Poisson* : Lebon p. 798.

185 CE, 18 mars 1988, *Loupias et autres c. Commune de Montreuil-Bellay* : Lebon tables, p. 668.

186 Arrêt précité.

187 CE, 6 janvier 1995, *Ville de Paris* : Lebon p. 3 ; *RFDA* 1995. 2. 414; D. 1995. IR. 42; *AJDA* 1995. 423; *JCP* 1995, 1995, IV, 839; *Dr. Adm.* 1995, n° 254; LQJ; 1995, n° 49, p. 3; *EDCE*, n° 47, 1995, p. 315 ; An. Coll. Loc. GRALE, 1996, n° 31.

188 CE, 6 janvier 1995, *Syndicat national des personnels techniques administratifs et de service de l'équipement CGT*, Rec., p. 5 ; *Dr. adm.* 1995, n° 260 ; *JCP* 1995. IV. 769, obs. M.-C. ROUAULT ; *EDCE*, n° 47, 1995, p. 315.

189 Devenus L. 2122-29 et L. 3211-1.

… / …

relève de la seule compétence du conseil [municipal ou général] ». Ces jurisprudences démontrent à suffisance que la liberté de choix du mode de gestion d'un service public local ne découle pas d'une compétence spéciale octroyée par le législateur, mais plutôt de la clause générale de compétence qui appartient à l'autorité délibérante de la collectivité [190]. Les choix du mode de gestion opérés par les collectivités territoriales, parce qu'ils soulèvent des questions d'opportunité, n'étaient contrôlés par le juge administratif que pour en déceler l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits [191]. Néanmoins, le refus d'immixtion à travers un contrôle de l'opportunité du choix opéré, qui appelait autrefois un contrôle restreint de ce pouvoir discrétionnaire connaît, sous l'empire de la théorie de l'acte détachable une régression importante.

En effet, la Haute juridiction administrative procède à une distinction entre les délégations de service public conclues par l'État et celles conclues par les collectivités territoriales et leurs groupements. Dans son arrêt du 24 novembre 2010, le Conseil d'État qualifie [192] « *une délibération se prononçant sur le principe d'une délégation de service public local* » de « *décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* ». Du statut d'acte préparatoire insusceptible de recours [193], la décision de l'autorité locale délibérante se prononçant sur le choix d'un mode de gestion est désormais rentrée, sous certaines conditions, dans la catégorie d'actes administratifs faisait griefs et susceptibles d'annulation par le juge. Il relève en revanche dans sa décision du 4 avril 2018 qu'aucune formalité comparable n'est prévue pour les concessions et délégations de service public conclues par l'État et que l'avis de concession « *ne saurait en soi constituer une décision sur le principe du recours à une telle délégation* » et par la suite, par suite, « *qu'un tel avis présente le caractère d'une simple mesure préparatoire à la conclusion de la convention qui n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* » [194].

Cette jurisprudence vient confirmer la directive « concessions » qui érige le principe de libre choix de mode de gestion en principe européen. Ce pouvoir discrétionnaire est

---

190 CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, n° 193716.

191 CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. 363.

192 CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement* (FARE), n° 318342. Note J. BAIN-THOUVEREZ, *Gazette du Palais*, 21 mai 2011 n° 141, p. 31.

193 CAA Marseille, 6 sept. 2010, *Société des trains touristiques G. Einsenreich*. n.° 08MA01997.

194 CE, 4 avril 2018, *Ministre de la transition écologique et solidaire*, req. n.° 414263, sera mentionné au recueil Lebon : « *Aucune disposition n'impose à l'État, contrairement à ce qui est prévu pour les collectivités territoriales ainsi que leurs groupements et établissements publics, d'adopter, avant d'engager la procédure de passation d'une délégation de service public, une décision sur le principe du recours à une telle délégation* ».

étendu. La directive ne se borne pas uniquement à encadrer le stade de la formation. Un nouveau palier a été franchi avec la reconnaissance par l'article 2 de la directive « *concessions* » du droit des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services.

Il est bon de noter que par la généralité des termes employés et par l'absence de référence aux contrats de concession, il semble évident que le premier alinéa de l'article 2 ne consacre pas exclusivement le libre choix des pouvoirs publics pour décider du mode de gestion approprié pour l'exécution des travaux ou la prestation des services. D'ailleurs, le titre de l'article ne laisse aucun doute possible : il s'agit de la reconnaissance européenne du principe de libre administration des pouvoirs publics dont le libre choix du mode de gestion est l'une des illustrations.

Ainsi, et conformément à l'objet de la directive, la consécration du principe de libre administration est l'une des frontières d'application de la directive. Celle-ci ne s'enclenchant qu'en aval du choix du mode de gestion. Cette position s'explique aisément. Le choix du mode de gestion ne repose pas nécessairement et exclusivement sur des exigences juridiques. L'objet même de la concession implique indéniablement, tant dans sa formation que dans sa gestion, une dimension économique, sociologique et politique incontestable et il aurait été hasardeux que la directive puisse frontalement investir des domaines où la pluralité des facteurs fait inévitablement porter une part de subjectivité aux décisions des pouvoirs publics.

Ce faisant, la directive pose un principe de neutralité à l'égard des choix des pouvoirs publics. Celui-ci, à travers une lecture globale, peut être identifié comme induisant deux sortes de conséquences antinomiques.

Premièrement, la reconnaissance de la liberté de choix du mode de gestion par le droit dérivé en permet une extension inédite. On peut en effet considérer qu'elle ne se limite pas à la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire des pouvoirs publics au stade du choix initial d'un mode de gestion, mais investit le périmètre de l'exécution même du contrat de concession notamment dans la faculté de l'administration de substituer un mode de gestion à un autre, et fonderait par la même occasion, *a posteriori*, le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration. Deuxièmement, cette hypothèse qui supposerait une neutralité forte et cristallisée du droit de l'Union dans le choix des pouvoirs publics serait toutefois en déphasage avec d'un côté, le procédé de production normative de l'Union, et de l'autre, la jurisprudence de la CJUE. Bien au contraire, la tendance sera en faveur d'une relativisation de la neutralité. Et parmi les raisons pouvant justifier cette tendance prévisible, deux retiennent particulièrement notre attention.

D'une part, parce que la reconnaissance du libre choix du mode de gestion participe d'une stratégie d'apaisement des relations entre le droit français des services publics et le droit de l'Union européenne. Elle constituerait un préalable important aux compromis pour l'adoption de la directive [195]. Il en ressort une neutralité relative dans la mesure où plusieurs dispositions de fond de la directive relative à l'exécution des concessions brideront la jouissance pleine et entière par les pouvoirs publics de la liberté de choix du mode de gestion. Comme le souligne le professeur Stéphane Braconnier : « *Les principes posés par la directive en matière de durée des contrats, de cession ou encore de rémunération, ne peuvent ainsi manquer d'avoir des effets, au-delà des principes généraux affichés en tête de directive, sur les décisions publiques qui seront prises à l'avenir.* » [196]

D'autre part, la pratique couramment utilisée en droit de l'Union qui consiste à reconnaître un principe pour ensuite le soustraire au droit applicable apporte un compromis temporaire puisqu'il n'en demeure pas moins que nonobstant l'exclusion du champ d'application de la directive de la liberté de choix du mode de gestion, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont eux, « *tenus de respecter des règles fondamentales du traité en général* » [197]. En effet, le TUE ayant, entre autres, pour finalité la garantie des meilleures conditions de concurrence des achats des pouvoirs publics, au regard de l'importance de leur impact économique, il ne peut être exclu que les juges de Luxembourg se saisissent de la question du libre choix du mode de gestion pour en apprécier la compatibilité avec le traité dans l'hypothèse où celui-ci constituerait une entrave déraisonnable à la libre concurrence. Rappelons que cette limite de la directive laisse une marge de manœuvre appréciable aux États membres ainsi qu'aux collectivités dans le choix du mode gestion sans préjudice, dans le cas de la France, des différentes limitations constitutionnelles, législatives et celles issues de la jurisprudence.

L'unité du critère organique s'est sensiblement renforcée ces dernières années grâce à une politique jurisprudentielle le revivifiant au sein des contrats administratifs en général.

---

195 S. BRACONNIER et E. KALNINS, « Nouvelles directives marchés publics et concessions – Petite révolution et grandes évolutions », *JCl Administratif*, 28 mars 2014, Facs. 1, paragr. 24.

196 *Ibid.*, p. 25.

197 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, paragr. 60.

§ 2. Le renforcement de la stabilité du critère organique par la neutralisation de ses atténuations jurisprudentielles

Le droit administratif a favorisé, en son sein, le développement des mécanismes de représentation civiliste tel que le mandat. L'introduction du mécanisme de mandat en droit des contrats administratifs ainsi que sa réception par la jurisprudence s'explique par l'idée de représentation qu'il véhicule. Au fil des décisions, le juge administratif a acclimaté le mandat, à tel enseigne que la question de sa nature juridique a longtemps divisé la doctrine. Malgré leur admission dans la sphère contractuelle administrative, les hypothèses de mandat concourant à la satisfaction du critère organique ne sont pas compatibles avec la logique concessive (A). La différence de nature entre la concession et la dérogation *Peyrot*, désormais abandonnée, exclut également une satisfaction du critère organique dans le processus de formation de la concession par application de celle-ci (B). En somme, le déclin de ces aménagements jurisprudentiels au critère organique a substantiellement renforcé l'unité du critère organique de la concession.

A. L'incompatibilité par nature entre la logique concessive et la logique du mandat

Le mandat propose une logique permettant aux juridictions administratives d'établir un lien entre une personne publique et l'un des contractants privés d'un contrat dont la nature de l'objet exigeait nécessairement la présence d'un critère organique. L'implémentation de cette théorie au sein du droit des contrats administratifs est ancienne (1). Il est singulier d'observer les similitudes qu'entretiennent le mandat et la concession (2). Toutefois, ce lien, d'intensité amoindrie, ne permet pas d'appliquer le mécanisme de mandat à la concession (3).

1. L'implémentation de la théorie de mandat en droit des contrats administratifs

Le mandat est purement une œuvre du droit privé. Il est défini à l'article 1984, alinéa 1er du Code civil comme « *l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Le caractère contractuel de cet acte est indiscutable puisqu'il suppose, dans sa formation, un accord de volontés des deux parties [198]. L'application en droit public de l'idée du mandat est relativement

[198] C. civ., art 1984, al. 2.

… / …

ancienne si l'on se réfère aux textes législatifs [199] et règlementaires [200]. Les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative ont fait remarquer que l'existence d'un mandat avait déjà été admise en 1936 dans un contrat d'exploitation d'une plage, passé par un syndicat d'initiative au nom d'une commune [201], illustrant d'une part, une certaine précocité de l'usage du mécanisme du mandat par les différentes conventions et d'autre part, leur prise en compte par les juridictions administratives. Certes, et comme le souligne la professeure Marguerite Canedo-Paris, même si cela doit être observé avec une certaine prudence, nombreuses sont encore les décisions jurisprudentielles qui, sans recourir précisément aux notions de « *mandat* » ou de « *mandataires* », révèlent, par des expressions tout aussi significatives, l'action d'un organisme privé « *pour le compte* » d'une collectivité publique, ou « *au nom et pour le compte de celle-ci* » [202]. C'est ainsi, qu'il a été explicitement reconnu par le Conseil d'État, s'agissant des concessions, qu'une société d'économie mixte (SEM) qui était chargée de la construction et de la gestion d'un marché d'intérêt national par une commune agissait comme mandataire de cette collectivité [203]. Il qualifia récemment de contrat administratif la convention par laquelle un exploitant d'aérodromes confie à des sociétés la mission d'inspection et de filtrage des usagers, du personnel de l'aérodrome et des bagages au motif qu'il s'agissait d'une mission qui était « *réalisée pour le compte de l'État et sous son autorité dans le cadre de son activité de police administrative des aérodromes et des installations portuaires* » [204]. Quant au Tribunal des conflits, il admit dans un arrêt du 16 mai 1983 qu'une SEM avait

---

199 À titre d'exemple, on peut citer entre autres la loi du 7 février 1881, art. 2 ; L'article 5 de la loi du 7 juillet 1983, relative aux sociétés d'économie mixte (SEM) locales, interprété à la lumière de la directive l'article 3.5.3 de la circulaire du 16 juillet 1985, destinée à préciser le champ d'application de la loi en question.

200 Ancien article R. 312-17 du Code de l'urbanisme.

201 M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, France, Dalloz, 2015, xviii+996 p ; Voir aussi A. ONDOUA, « Notion de contrat administratif » dans *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, s.l., 2015, paragr. 53. À propos de CE, Sect., du 18 décembre 1936, *Prade*, Rec. 1124 ; D. 1938.370, note P.L.J. ; S. 1938.3.57, note ALIBERT. D'autres exemples, plus anciens de la reconnaissance jurisprudentielle du mandat de droit civil existe. Citons pour exemple : CE, 30 janvier 1931, *Société Brossette* : Rec. CE 1931, p. 123.

202 M. CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, France, LGDJ, DL, 2001, vol. 1/, p. 18.

203 CE, 24 février 1954, *Secrétariat d'État à la production industrielle c/ Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* : Rec. CE 1954, p. 125 ; CE, 8 janvier 1960, *Lafon* : *AJDA* 1960, 2, p. 183 ; CE, 10 mars 1971, *Sieur Martin*, R, p. 199 ; CE, sect., 27 nov. 1987, *Société provençale d'équipement, Commune Aubagne et autres*. : *RFDA* 1988, p. 395.

204 CE, 3 juin 2009, n° 323594, *Société Aéroports de Paris*; n° 323594, *Contrats-Marchés publ*. 2009, comm. 268 ; *JCP* A 2009, act. 473 ; *AJDA* 2009, p. 1127.

… / …

été expressément investie par un syndicat mixte de transports d'un mandat ayant pour objet l'exécution du service public du transport de voyageurs dans une agglomération [205].

Finalement, la nature civiliste du mandat ne fut nullement un obstacle à sa pleine expansion au sein des contrats administratifs. Il est incontestable que le mandat offrait aux juridictions administratives un mécanisme qui permettait de solutionner certaines situations qui normalement auraient échappé à leur compétence. La question de l'adaptation du mécanisme pour en tirer toutes les ressources s'est posée au juge au fil de sa jurisprudence.

La liberté de manœuvre qu'apporte ce mécanisme au sein du droit des contrats administratifs justifie la large réception qu'elle a connue auprès des juridictions administratives qui, peu à peu, se sont totalement ouvertes aux différentes variantes du mandat découvertes par le juge judiciaire. Le juge administratif ne s'est pas privé, à son tour de mimer ces mandats « jurisprudentiels » [206]. Leur application, bien que rare [207], manifeste l'intégration réussie de toutes les facettes du mandat civiliste au sein de l'œuvre prétorienne administrativiste [208]. Mais, les indices, révélés par le juge pour connaître de l'existence d'un contrat administratif entre deux personnes, paraissent, dans certaines hypothèses, totalement étrangers à l'ensemble des notions civilistes du mandat. L'arrêt de section *Société d'équipement de la région montpelliéraine* [209], confirmé quelques semaines plus tard par le Tribunal des conflits [210], en offre un apport séduisant. Était, en effet, en cause dans cet arrêt une convention conclue entre une SEM chargée de

---

205 T. confl., 16 mai 1983, *SA Compagnie toulousaine de transports* [*CTT*] c/ *SEM des transports publics des voyageurs de l'agglomération toulousaine* [*SEMVAT*] : Rec. CE 1983, p. 659. Voir encore : T. confl., 12 janvier 1970, *GDF* c/ *SEM d'aménagement et d'équipement du grand ensemble de Massy-Antony* [*SAEGEMA*] : *AJDA* 1970, 2, p. 249.

206 On se limitera ici à citer le mandat apparent et le mandat tacite comme des mandats génétiquement modifiés, qui sont le fait du juge judiciaire et destinés à répondre à des situations particulières. Pour une étude approfondie de ces mandats en droit privé :P. LE TOURENEAU, « Mandat », *Encyclopédie Dalloz*, V ; B. TARAK BEN ABDELHAMID, *Le mandat apparent*, Nantes, France, 1992, 57 p ; A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Doctorat d'État, Université de Caen, France, 1989, 814 p ; B. RÉMY (éd.), *Le mandat en question*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, DL 2013, 2013, 208 p. En droit public : F. LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées*, *op. cit.* ; M. CANEDO, *Le mandat administratif*, *op. cit.*

207 Pour le mandat apparent : CE, 12 juillet 1955, *Ville de Puteaux* : *RD publ.* 1956, p. 413. Pour le mandat tacite : CE, 19 mars 1956, *Jean dit François Rolland Nouvelles* : Rec. CE 1956, p. 130 ; CE, 11 décembre 1987, BOULACHEB : D. 1988, p. 209 ; CE, sect., 27 juillet 1990, *ministre de l'Agriculture* c/ *Beaufils*, *AJDA* 1990, p. 917.

208 Pour une étude exhaustive de l'application des différentes variante par les juridictions administratives : M. CANEDO, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 18.

209 CE, sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* : Rec. CE 1975, p. 326 ; D. 1976, p. 3, note F. MODERNE ; *AJDA* 1975, p. 361 et chron. générale de jurispr. p. 345.

210 T. confl., 7 juillet 1975, *Commune Agde* : Rec. CE 1975, p. 798 ; D. 1977, note C. BETTINGER ; *JCP* G 1975, II, 18171, note F. MODERNE.

l'aménagement d'une ZUP en vertu d'un contrat de concession la liant à plusieurs collectivités publiques, et un entrepreneur privé, par laquelle elle confiait à ce dernier la construction des voies publiques de la zone en question. Conformément au critère organique, la convention, conclue entre deux personnes privées aurait dû être qualifiée de contrat privé. Pour autant, le juge administratif la qualifia d'administratif. Cette qualification, pour le moins surprenante, s'est fondée sur l'utilisation de faisceau d'indices qui, réunis, ont amené les sages du Conseil d'État à considérer que, « *pour la construction de ces voies, la Société d'équipement agissait non pas pour son propre compte, ni en sa qualité de concessionnaire, mais pour le compte des collectivités publiques auxquelles les voies devaient être remises* ». Cette décision n'a pas manqué de diviser la doctrine.

S'était naturellement posée la question de la nature du mécanisme employé dans cette jurisprudence. Deux conceptions antagonistes ont émergé. La première entrevoyait à travers la décision *Société d'équipement de la région montpelliéraine* l'émanation du mandat tacite développé par la jurisprudence judiciaire. Cette approche s'inspire des similitudes entre les deux méthodes. En effet, le mandat tacite, tout comme la décision *Société d'équipement de la région montpelliéraine* repose, contrairement aux apparences, sur une véritable manifestation de volonté des parties, le caractère implicite de leur consentement ne saurait vicier son existence. De plus, leur découverte exige de la part du juge le recours à la méthode du faisceau d'indices. À cette position doctrinale, s'opposait celle qui considérait la décision susmentionnée comme instituant un mandat exorbitant du droit privé. Effectivement, il est particulièrement vrai que le juge administratif ne s'est pas limité au mimétisme ; il façonna le mandat, délaissant certaines de ces caractéristiques et lui en attribuant d'autres, à tel point qu'on se retrouva avec un mandat qui perdit de ses affinités avec l'idée de représentation dont il découlait. Il est légitime, au regard d'une jurisprudence peaufinée en la matière, de considérer qu'à côté du mandat civiliste, s'est développé un mandat « publicisé ». Ce mandat administratif, pour reprendre le terme de Marguérite Canedo-Paris [211], exorbitant de l'esprit du mandat originel, croit exponentiellement la possibilité pour le juge administratif de faire rentrer dans le giron administratif des contrats qui, conclus entre deux personnes privées, n'auraient pas pu être qualifiés d'administratifs de tels sous l'empire du mandat civiliste. Sa découverte nécessite, en effet, de faire appel à un champ de faisceau d'indices plus large que celui du mandat tacite de droit privé. Toutefois, le mandat administratif ne s'oppose pas au

211 La notion de « mandat administratif » est consacrée dans sa thèse: M. CANEDO, *Le mandat administratif*, *op. cit.*

mandat civiliste. Il permet de dépasser les limites de ce dernier par la prise en compte d'un ensemble d'indices pour établir la réalité de la relation entre l'un des contractants privés et la personne publique.

Le développement du mandat administratif a largement débordé du champ des contrats administratifs. C'est ainsi que par une décision du 18 juin 1976, le Conseil d'État a qualifié le Crédit Foncier de France, lorsqu'il consentait des prêts destinés à faciliter la réinstallation des rapatriés de Tunisie, de mandataire de l'État. En dehors de la participation du Crédit Foncier de France à « *l'exécution du service public d'aide aux français rapatriés de Tunisie* », c'est le contrôle par l'État de l'ensemble de la procédure d'attribution et du suivi des prêts ainsi que de la gestion des débiteurs défaillants qui justifie principalement l'application du mandat administratif [212]. De même, une société chargée de la construction et de l'exploitation d'une centrale nucléaire, concourant de ce fait à la réalisation des mêmes objectifs qu'EDF, dont le personnel est soumis au même statut et dont la moitié du capital est détenue par cet établissement public, a été regardée comme intervenant pour son compte par application du mandat administratif [213]. Son existence a été aussi reconnue dans le cadre d'un contrat de cautionnement conclu entre une société interprofessionnelle d'intervention agricole et une société importatrice d'oléagineux. Pour le Conseil d'État, la société a agi pour le compte de l'État dès lors qu'elle avait été chargée « *de procéder sur instruction du gouvernement, dans le cadre de conventions passées à cet effet avec l'État, à la réalisation des opérations et interventions que comporte l'application du règlement CEE du 22 septembre 1996* » [214]. En matière de contrat de louage de services, le mandat administratif a été mis à contribution pour requalifier un contrat emploi-solidarité, de contrat de droit public dans un avis du Conseil d'État [215]. L'organisme qui a conclu ce contrat ayant agi pour le compte de l'État, en vertu d'un mandat [216]. Parfois, comme le souligne Bertrand Dacosta, « *il est malaisé, à la lecture de la décision, de déterminer les raisons qui ont conduit à retenir*

---

212 CE, sect., 18 juin 1976, n° 96762, *Dame Culard*, Lebon 319. Voir aussi CE, 6 octobre 1976, *Durandeau* : Rec. CE 1976, p. 806.

213 T. confl. 10 mai 1993, n° 2840, *Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa*, Lebon 399. Pour une solution contraire, les critères n'ayant pas été remplis : CE 17 décembre 1999, n° 179098, *Société Ansaldo industria et SA Bouygues*, Lebon 423.

214 CE, 15 mars 1999, *Union mutuelles Drôme*, n° 199889, *RFDA* 2002, p. 341, note F. LICHÈRE.

215 CE, avis, 16 mai 2001, *Joly et Padroza*, AJFP 2001, n° 5, p. 4, concl. P. FOMBEUR ; *RD publ.* 2001, p. 1513, note M. CANEDO

216 Voir aussi TA Paris, 27 juin 2002, *Bonhote* : AJFP 2002, n° 6, p. 11 ; CAA Nancy, 20 mars 2003, *Payeur* : *AJDA* 2003, p. 639.

… / …

l'existence d'un mandat au sens de la jurisprudence Société d'équipement de la région montpelliéraine c/ Commune d'Agde » [217]. C'est, par exemple, le cas de la décision du Tribunal des conflits du 16 mai 1983 qui se limite à se référer aux « *documents de la cause* » comme faisceau d'indices du mandat administratif [218].

Si l'évolution historique rapide de la théorie du mandat dans les contrats administratifs peut retenir l'attention, l'existence d'éléments d'amalgame entre la concession et le mandat interpelle davantage.

2. L'existence d'éléments de confusion entre concession et mandat

Il est certain qu'il y a quelque chose de commun entre concession et mandat. Dans les deux cas, nous sommes bien en présence d'un mécanisme fondé sur l'idée de représentation [219], qui a pour conséquence de transférer une partie des compétences d'une autorité publique vers un tiers. Les ressemblances ne s'arrêtent pas là [220]. Le risque de confusion des objets existe aussi. Si, comme le souligne la professeure Marguérite Canedo-Paris, le mandat n'a, *a priori*, pas pour objet de confier à un tiers une mission de service public, mais bien une mission de représentation, il n'en demeure pas moins que lorsque le mandant demande à être représenté, c'est afin de faire accomplir par le mandataire un certain nombre de missions qui, elles, peuvent largement varier et présenter notamment le caractère de service public, si ce n'est considérer la mission même de représentation d'une autorité publique de mission de service public [221] ou de services.

Toutefois, cette confusion avec la concession s'estompe lorsqu'on apprécie le fondement et la finalité du mandat. En réalité, ce dernier ne s'affirme presque exclusivement que dans une approche contentieuse du contrat. Il permet au juge, à travers un raisonnement inductif et en l'absence de précisions conventionnelles, de rattacher les effets produits par le contrat à l'existence préalable ou non d'une représentation. En cela, il concourt uniquement à rétablir la réalité du critère organique. Concernant son

---

217 Dans ses conclusions sous l'arrêt CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *société des Autoroutes du Sud de la France*.

218 T. confl. 16 mai 1983, n° 2282, *SA Compagnie toulousaine de transports* [CTT] c/ *Société d'économie mixte des transports publics des voyageurs de l'agglomération toulousaine* [SEMVAT], Lebon 1983, p. 659.

219 S. ROUSSEL et C. NICOLAS, « Le « mandat administratif » à son crépuscule », *AJDA*, 12 février 2018, p. 267-272.

220 Dans le même sens : F. LICHÈRE, *Les contrats administratifs entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 127.

221 M. CANEDO, *Le mandat administratif*, *op. cit.*, p. 32.

… / …

fondement, il s'agissait, comme le note le professeur François Llorens, d'éviter, grâce au mécanisme du mandat, que « *des contrats ayant pour objet la réalisation de travaux publics, financés qui plus est en majorité ou en totalité sur fonds publics, échappent à la compétence du juge administratif* » [222]. Sous cet angle, on voit bien que le mandat, loin d'être une dérogation à la permanence du critère organique dans les contrats administratifs, vient plutôt raffermir cette exigence en identifiant la présence de la personne publique intentionnellement occultée par un intermédiaire. Cependant, le procédé du mandat n'assure pas une identification intégrale pouvant admettre son application dans le processus de formation de la concession.

3. L'insuffisante identification d'une personne publique *via* le mandat

On assiste, inversement au développement du mandat dans d'autres sphères du droit administratif à un rétrécissement important de son champ dans les contrats administratifs. Cette approche restrictive répond au schéma paradoxal de la double évolution des critères de la concession. D'une part, l'accroissement du champ matériel et la mutation du critère économique de la concession et d'autre part, l'émergence d'une conception restrictive du critère organique. Cette dernière se traduit, dès les années 2000, par la raréfaction générale de la qualification d'administratifs par application des hypothèses dérogatoires du critère organique de contrats conclus entre personnes privées. La tendance de raffermissement du critère organique s'est particulièrement affirmée depuis les années 2010, s'agissant des concessions, par une double exclusion du mandat, résultant de l'instauration de présomption de contrats de droit privé.

En premier lieu, des précisions bienvenues viennent clarifier la nature juridique des contrats passés par des personnes privées, chargées par une convention publique d'aménagement, de la réalisation d'ouvrages. D'abord, par un arrêt du 11 mars 2011 *Communauté d'agglomération du grand Toulouse*, était soumise au Conseil d'État une problématique portant sur la qualification d'un contrat conclu entre une SEM, concessionnaire d'aménagement et une entreprise privée retenue à l'issue de la mise en concurrence pour le marché de maîtrise. En effet, il s'agissait de savoir si la convention publique d'aménagement conclue entre la communauté d'agglomération du Grand Toulouse et la SEM de Colomiers constituait un contrat administratif, justifiant la compétence du juge administratif, ou un contrat de droit privé dont le contentieux

222 F. LLORENS, « Que reste-t-il de la jurisprudence « Société d'équipement de la région montpelliéraine » et « Commune d'Agde » ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 2011 « Communauté d'agglomération du Grand Toulouse » », *Revue Juridique de l'Économie Publique*, août 2011, n° 689, p. étude 4.

relèverait du juge judiciaire. Pour le Conseil d'État, « *en jugeant que cette convention publique d'aménagement avait le caractère d'un mandat […] et en en déduisant la compétence de la juridiction administrative, alors que la convention n'avait pas comme seul objet de faire réaliser pour le compte de la communauté d'agglomération des ouvrages destinés à lui être remis dès leur achèvement ou leur réception, la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit* » [223]. Cette position sera ensuite renforcée par la jurisprudence du Tribunal des conflits *SARL Port Croisade* du 15 octobre 2012 [224] et *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* du 6 juin 2014 [225]. Pour les juges répartiteur de compétences, les personnes privées chargées par une convention publique d'aménagement de la réalisation d'ouvrages publics devront désormais être regardées, sauf circonstances particulières, comme agissant pour leur propre compte, que les opérations de construction aient, ou non, un caractère de travaux publics [226].

On peut, en second lieu, également rappeler l'important principe posé par le juge répartiteur de compétences selon lequel un concessionnaire de service public ou de travaux publics doit être systématiquement regardé comme agissant pour son propre compte et non pour celui de la personne publique [227]. Dans ses conclusions sur cette décision, le rapporteur public Nathalie Escaut expliquait, en effet, que « *lorsqu'une société privée est chargée par une personne publique à la fois de la réalisation d'un ouvrage et de son exploitation, il est difficile d'admettre l'existence d'un mandat pour la réalisation des travaux, dès lors qu'ils vont conduire à la réalisation d'un ouvrage dont le concessionnaire va assurer lui-même l'exploitation, sa rémunération étant substantiellement assurée par les résultats de cette dernière*. »

Il parait essentiel de s'attarder sur cette décision pour en analyser les effets concrets. En tout état de cause, il est acquis que l'application des différentes hypothèses de mandat concourt à la satisfaction du critère organique et permet de qualifier d'administratifs des contrats qui, selon le principe, ne devraient pas l'être. Néanmoins, au regard de l'intensité du critère organique dans la concession, le mandat, parce qu'il propose une intensité

---

223 CE 11 mars 2011, n° 330722, *Communauté d'agglomération du grand Toulouse*, *Société d'économie mixte de Colomiers*, Lebon T ; *AJDA*, 2011, p. 534 ; AJCT 2011. 238, obs. O. DIDRICHE.

224 T. confl., 15 octobre 2012, n° 3853, *SARL Port Croisade* c/ *SA Seeta*, Lebon T. ; *AJDA* 2012. 1982.

225 T. confl., 6 juin 2014, n° 3944, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* c/ *Société Séchaud-Bossuyt et autres*, Lebon ; *AJDA* 2014. 1234.

226 Voir aussi : T. confl., 9 mars 2015, *Société des autoroutes du Sud de la France c/Société Garage des pins et autres,* n° 3992, *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 111, M. UBAUD-BERGERON, *RFDA* 2015, p. 270, concl. N. ESCAUT, note M. CANEDO-PARIS.

227 T. confl., 9 juillet 2012, n° 3834, *Compagnie générale des eaux et de l'ozone* c/ *Ministre de l'Écologie et Développement durable* ; Rec., tables, p. 653. Pour une application, voir T. confl., 9 mars 2015.

moins forte, ne peut servir de fondement pour qualifier un contrat administratif de concession.

C'est en cela que cette décision semble intéressante. La forte présomption en faveur du contrat de droit privé qu'elle institue dépasse le simple cadre de la concession et contribue au maintien de l'unité du critère organique dans les contrats administratifs. Ramené à notre sujet, le retour à une orthodoxie dans la satisfaction du critère organique permet d'observer que la concession et le mandat, malgré leurs similitudes, sont exclusifs l'un de l'autre. Là où il y a mandat, il ne peut y avoir concession, comme le rappelle le Tribunal des conflits dans son arrêt du 11 décembre 2017, Tribunal des conflits, 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton* [228]. À côté du mandat existe une atténuation au critère organique récemment remise en cause dont l'étude nous semble particulièrement adaptée pour mesurer la rigidité de ce critère dans la concession.

C. Inapplicabilité de l'exception « Peyrot » à la concession

Le retour remarqué du critère organique s'apprécie également à travers l'inapplicabilité originelle de l'exception *Peyrot* dans la qualification de la concession (1). Son abandon participe de la vivification de l'unité du critère organique dans les contrats administratifs (2).

1. Une inapplicabilité originelle

Par une décision du 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*, le Tribunal des Conflits a qualifié un contrat passé par une société d'économie mixte d'autoroute avec une entreprise chargée de la construction de l'autoroute de marché de travaux publics au motif que « *la construction des autoroutes et des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État* » [229]. L'exception *Peyrot* en tant qu'hypothèse dérogatoire de la présence d'une personne publique dans la formation du contrat

---

228 T. confl., 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton*, req. n° 4103, *Contrats-Marchés publ. 2018*, *comm. 30*, note M. UBAUD-BERGERON : « *le titulaire d'une convention conclue avec une collectivité publique pour la réalisation d'une opération d'aménagement ne saurait être regardé comme un mandataire de cette collectivité* »

229 T. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, n° 01804, Rec. pub. ; p. 787 ; *AJDA* 1963, p. 463, chron. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *D.* 1963, p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *JCP G* 1963, 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1963, p. 766, concl. *GAJA*, 19e éd., Dalloz, 2013, n° 80.

… / …

administratif a connu, malgré les controverses, de nombreuses extensions [230] dont la cohérence pourrait être discutée. En effet, l'adéquation de ces extensions avec l'esprit de la jurisprudence *Peyrot* ne fait aucun doute lorsqu'elles portent principalement sur la construction d'un ouvrage routier ou autoroutier. En revanche, l'est moins l'application de l'exception *Peyrot* à des travaux accessoires d'une autoroute ou d'une route nationale. Admise pour la première fois dans le cas d'un pont érigé au-dessus d'une autoroute pour permettre la circulation des piétons [231], l'application de la jurisprudence *Peyrot* à l'accessoire s'est accrue au fil des années [232].

Pour justifier cette conception extensive, il est généralement avancé que le juge se fondait, ou sur le critère du lien fonctionnel [233], ou sur le critère du lien physique voire les combinait pour qualifier la convention portant réalisation de l'accessoire d'une autoroute de contrat administratif. Or, certains arrêts tendent à démontrer que la jurisprudence, qu'elle soit administrative ou judiciaire, a une conception extensive de la notion de l'accessoire indépendamment de tout lien fonctionnel avec l'ouvrage public autoroutier [234] ce qui a eu pour effet d'accroitre la capacité de propagation de la jurisprudence *Peyrot*. Celle-ci a dès lors été successivement appliquée à la réalisation d'une œuvre d'art sur une aire de service [235], à l'installation de fibres optiques intégrées au revêtement autoroutier [236] et à la réparation de logements destinés au personnel affecté à l'entretien d'une l'autoroute [237]. Toutefois, l'ensemble de ces positions doivent être rapprochées d'une récente décision du Conseil d'État qui a estimé que, dans le domaine

---

230 CE, 24 avril 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, req. n° 7018 ; T. confl., 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, n° 02356.

231 CAA Paris, 15 janvier 1982, *SERHCAU c/ ministre de l'Économie et des Finances*, *JCP* G 1982, II, 1980 (s. d.).

232 Par exemple : T. confl., 4 novembre 1996, *Espinosa c/ Société Escota*, Rec. CE 1996, p. 553 ; *RFDA* 1997, p. 188.

233 A. SEVINO et L. KLEIN, « Marchés des concessionnaires d'autoroutes la fausse simplification opérée par la jurisprudence Peyrot », 2012, p. 1268 ; R. NOGUELLOU, « La qualification de contrat administratif d'un contrat passé entre deux personnes privées », art cit.

234 Le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) a consacré cette catégorie en l'introduisant à l'article L. 2111-2 : « *Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable* ».

235 Civ. 1er, 17 février 2010, *Société Autoroutes du sud de la France c/ Rispal*, n° 08-11.896, *AJDA* 2010. 917 ; D. 2010. 586 ; RDI 2010. 267, obs. R. NOGUELLOU.

236 CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. n° 332136, *AJDA* 2011. 72 et 665, chron. A. LALLET et X. DOMINO ; RDI 2011.270, obs. S. BRACONNIER.

237 CE 23 décembre 2011, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348, *AJDA* 2012. 726.

… / …

ferroviaire, le bénéfice de la théorie de l'accessoire est subordonné au lien fonctionnel et au caractère physiquement indissociable entre l'accessoire et le principal [238].

Le rayonnement et l'expansion du champ de la jurisprudence *Peyrot* supposent de la confronter à la concession. En effet, s'il est acquis que la jurisprudence *Peyrot* permet de qualifier un contrat portant sur une activité relevant « *par nature de l'État* » de contrat administratif en général, peut-elle fonder plus particulièrement la concession ? Autrement dit, la jurisprudence a-t-elle déjà constaté la formation d'un contrat de concession de premier rang sur la base de cette jurisprudence ? La question est intéressante parce que si l'hypothèse se vérifie, elle supposerait la possibilité, du moins théorique, d'une concession sans aucune intervention directe de la personne publique. Ce serait, ainsi, probablement, la seule véritable exception à la rigueur du critère organique. Force est de constater qu'il n'existe aucun exemple jurisprudentiel relatif à une telle hypothèse. Cela n'exclut cependant pas la nécessité d'une démarche intellectuelle de la survenance de cette hypothèse.

On peut soutenir que, bien avant son abandon, la jurisprudence *Peyrot* était une exception inopérante dans la formation de la concession. Deux arguments, liés à la nature et à la logique de l'exception, militent pour cette position.

En premier lieu, la nature même de l'exception, pensée pour se mouvoir en vase clos, n'autorisait pas une application généralisée à tous les types de concession. En dépit de son application à l'accessoire des infrastructures autoroutières, la jurisprudence *Entreprise Peyrot* est restée cantonnée aux seuls contrats conclus par les concessionnaires d'autoroutes, quel que soit leur statut [239], avec les entreprises de travaux sur des ouvrages autoroutiers ou de voiries routières appartenant par nature à l'État, sans que cette limitation sectorielle n'obéisse à un réel fondement juridique. Comme le fait remarquer une auteure, il n'existe en l'occurrence aucune spécificité entre les travaux autoroutiers et ceux portant sur les grands équipements qui constituerait un obstacle à l'extension de l'exception *Peyrot* à ces derniers [240]. Tout au plus, pourrait-on envisager une application aux sous-concessions d'autoroutes exclusives des sous-concessions de service public telle que la distribution de carburant, de restauration ou de dépannage autoroutier [241]. Dans ces dernières, l'activité ne peut être qualifiée de celles dont l'État est naturellement compétent

238 CE 26 janvier 2018, n° 409618, *Société Var Auto*, Leb., *AJDA* 2018. 192 ; *AJCT*, obs. à paraître.

239 CE 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, req. n° 79532.

240 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 86.

241 TA Lyon, 1er octobre 1996, *Loridant*, n° 9503932, Rec., *AJDA*, 1997, p. 208.

et il semble peu envisageable que leur passation n'ait préalablement été autorisée par le concédant de premier rang.

En second lieu, si contrat administratif fondé sur la jurisprudence il y a, celui-ci est exclusif de la concession de travaux ou de service public au vu de l'importance du critère organique dans ce type de contrat.

La jurisprudence administrative s'en tient au principe selon lequel un contrat, quand bien même il aurait pour objet la réalisation de travaux publics, ne peut être administratif que si au moins l'un des signataires est une personne publique [242]. Cette caractéristique est partagée par tous les contrats formant la catégorie de la délégation de service public puisque selon l'ancien article L. 1411-1 CGCT, la délégation de service public est « *un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle la responsabilité* ». Cette règle dont la valeur législative a été précocement affirmée [243], connaît certes une flexibilité toute relative lorsque l'un des signataires agit pour le compte d'une personne publique. C'est en vertu de la théorie du mandat que le contrat aura la qualification de contrat administratif. Or, selon l'idée de la dérogation *Entreprise Peyrot*, c'est la nature même de l'objet et non la théorie du mandat qui confère le caractère administratif au contrat [244]. Le critère organique est neutralisé par le critère matériel dans ce cas précis. Cette lecture est confirmée par la jurisprudence qui, en appliquant l'arrêt *Peyrot*, neutralise totalement l'exigence d'une personne publique et se fonde exclusivement sur la nature de l'objet du contrat. Cette pratique jurisprudentielle semble difficilement conciliable avec la logique concessive qui exige la présence d'une personne publique. L'antinomie de nature conduit à ce que l'exception *Peyrot* chasse la concession.

Au demeurant, la complexité de la logique de l'exception *Peyrot*, la contraction de son champ d'application, accompagnée des difficultés à lui trouver un fondement juridique solide ont conduit à son abandon.

---

242 T. confl., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Entreprise Solon,* n° 3793, RDP 1972, p. 465, concl. BRAIBANT.

243 T. confl., 26 juin 1989, *Société Compagnie générale d'entreprise de chauffage c/ CAF de la région parisienne*, D. 1990. 191, obs. X. PRÉTOT, *Marchés publ.* 1989, n° 246, p. 19.

244 F. BRENET, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence *Peyrot* », *Droit administratif*, 1 mai 2015, vol. 5, p. 37-41.

… / …

2. Une jurisprudence désormais abandonnée : la fortification du critère organique dans les contrats administratifs

En affirmant dans son arrêt *Mme Rispal* qu'un contrat conclu entre deux personnes privées ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardé comme un contrat administratif [245], le Tribunal des conflits a initié une nouvelle ère de simplification en matière d'identification des contrats administratifs en l'absence du critère organique [246]. Cette décision vient en effet mettre fin à la dérogation admise au critère organique issue de la jurisprudence *Entreprise Peyro*t, « *comprimant un peu plus la notion de contrat administratif autour de critères d'application stricte* » [247]. La jurisprudence *Entreprise Peyrot* a eu certes l'avantage d'empêcher que deux contrats de même nature ne soient régis par deux régimes juridiques différents selon qu'ils ont été conclus par une personne privée ou une personne publique. Cependant, le maintien dans la catégorie des contrats de concession de travaux de constructions d'autoroutes exécutés par une entité privée est désormais assuré par un ensemble de dispositions européennes [248] et législatives [249].

Enfin, et sans constituer une politique nécessairement volontaire par le Tribunal des conflits, l'abandon de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* participe d'une revalorisation évidente du critère organique. Il renforce sous bien des aspects sa position dans la théorie générale des contrats administratifs. De l'autre, le recentrage autour du critère organique n'efface pas les différentes atténuations de la légitimité du critère organique dans la formation de la concession.

---

245 TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société Autoroutes du sud de la France*, n° 3984, *Contrats-Marchés pub*l. 2015, comm. 110, note P. DEVILLERS et repère 4, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *JCP A* 2015, 2359, obs. J. MARTIN ; *RFDA* 2015, p. 265, concl. N. ESCAUT et obs. M. CANEDO-PARIS ; *RTD com*. 2015, p. 247, chron. G. ORSONI ; *Contrats Marchés publ*. 2010. *Comm.* 110, note P. DEVILLERS ; *Dr. adm.* 2015. *Comm*. 34, note F. BRENET ; *JCP Adm*. 2015. 2156, comm. J.-F. SESTIER, et 2157, comm. S. HUL ; GAJA n° 118 : « *Une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État* ».

246 Pour une analyse complète sur l'abandon de la jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*, voir : M. CANEDO-PARIS, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *RFDA*, 2015,n° 2, p. 273-291.

247 M. AMILHAT, « La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, n° 01, art. 105.

248 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

249 Auparavant, l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux. Désormais, ce maintien est opéré par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

SECTION II.

LES ÉLÉMENTS DE PERTURBATION DE L'EXIGENCE DE LA PERSONNE PUBLIQUE DANS LA QUALIFICATION DE LA CONCESSION

Les contrats de concession démontrent à suffisance l'importance de la présence de la personne publique. Nul besoin de reprendre les arguments qui militent pour la présence d'une personne publique dans la formation du mécanisme contractuel concessif.

Sous l'influence de juge national et du droit européen, l'exigence de la présence d'une personne publique en matière contractuelle connaît des perturbations qui aboutissent à la même conséquence : celle de permettre l'intervention d'une personne autre que publique dans la formation du contrat administratif. L'étude de la sous-concession nous permettra de déterminer les conséquences juridiques de cette perturbation sur cette catégorie de sous-contrat (§ 1). La mise en perspective du critère organique avec la notion européenne d'organisme de droit public européen permettra également d'apprécier la résonnance contemporaine de la stabilité du critère organique dans la concession (§ 2).

§ 1. LA PERTE DE STABILITÉ DU CRITÈRE ORGANIQUE INDUITE PAR L'AMBIVALENCE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA SOUS-CONCESSION

La sous-concession, concession de second rang, fait partie de ces sous-contrats qui, bien que matériellement foisonnants, ne bénéficient pas d'une littérature abondante. La sous-concession est d'une ampleur largement sous-estimée. Elle ne se limite plus à des secteurs « naturels » tels que celui de l'autoroutier ou des plages [250]. Elle se développe à la fois dans des secteurs présumés incompatibles et tend à se systématiser dans ses secteurs de prédilection. Paradoxalement, la sous-concession jouit d'une notoriété juridique proportionnellement inverse à son expansion du fait de la confusion conceptuelle dont elle fait l'objet (A), d'une part, et de l'amphibologie de son régime juridique (B), d'autre part.

A. Une notion habituellement confondue

La tendance assimilationniste de la sous-concession à la notion de sous-traitance, si elle concourt à la promotion de l'unité notionnelle de la catégorie des sous-contrats, ne

250 A. ONDOUA, « Concessions de plage », *JCl. Contrats et Marchés publics*, Fasc. 520.

repose sur aucun fondement juridique (1). Cette confusion milite dès lors pour une recherche identitaire de la sous-concession (2).

1. L'assimilation courante à la notion de sous-traitance

La sous-concession fait partie intégrante de la catégorie générale des sous-contrats. Celle-ci englobe aussi bien la sous-location de domaine public, le sous-mandat, la subdélégation de service public, que la sous-traitance. Cette catégorie juridique, dont le point commun tient à « *l'existence d'un rapport d'homothétie entre la convention secondaire et la convention principale* » [251], permet à un cocontractant de l'administration de faire exécuter par un tiers une partie des obligations dont il a la charge sans que cette association à l'exécution du contrat initial constitue une modification de ce dernier. Il est fréquent de remarquer sous la plume de certains auteurs [252] que la notion de sous-contrat se confond avec celle de la sous-traitance. Cette assimilation, bien trop courante, a contribué à faire de la sous-traitance, l'archétype des sous-contrats, ce qui, en pratique, est erronée. L'unité notionnelle apparente de la catégorie des sous-contrats ne doit pas occulter la diversité des régimes juridiques des contrats qui y font partie. Cette absence de rigueur a fatalement impacté le concept de la sous-concession et partant de là, celui de la subdélégation de service public[253].

En effet, la sous-traitance est définie par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* » [254]. Le mécanisme permet au cocontractant de confier certaines missions qui lui incombent contractuellement à une autre personne publique ou privée.

Certains auteurs ont cru déceler dans cette loi, une identité juridique entre sous-traitance et sous-concession [255] ou même un fondement juridique *a posteriori* de la

---

251 L. RICHER, *Sous-traitance : questions de vocabulaire* : CP-ACCP juillet-août 2005, p. 28

252 J. DUFAU, « Concurrence pour les sous-traités d'exploitation », *Moniteur TP*, 29 novembre 2000, p. 106 ; E. DELACOUR, « La subdélégation d'un service public », *Moniteur TP*, 28 novembre 1997, p. 16.

253 R. LAURET, « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession ! », *Le Moniteur - Contrats publics*, septembre 2017, p. 26-29.

254 Article 1er de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

255 Conclusions de C. BERGEAL sous l'arrêt CE, 21 juin 2000, n° 212100, *SARL Plage « Chez Joseph » et autres*.

… / …

subdélégation de service public [256]. La réalité en est tout autre. La pratique de la sous-concession n'est pas récente et ne résulte donc pas de l'esprit de cette loi. La lecture de la loi nous édifie davantage sur son champ d'application. La sous-traitance est envisagée, soit comme un contrat d'entreprise au sens des articles 1779 et 1787 du Code civil, soit comme des « *marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publiques* » [257]. Les articles précédents finissent de nous convaincre puisqu'ils s'attachent à déterminer les conditions dans lesquelles le paiement, obligatoirement direct, doit être effectué ; ce mode de rémunération étant incompatible avec l'idée de sous-concession. Cette différenciation de nature et de régime juridiques est entérinée par le droit interne qui substitue à la notion de sous-traitance consacrée par la directive, celle de « l'exécution du contrat par un tiers » à l'article 54 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 [258]. Les origines de la sous-concession doivent de ce fait être recherchées dans une pratique administrative séculaire.

2. La rétroconcession, première forme institutionnalisée de la sous-concession

L'origine de la sous-concession reste difficile à estimer. Mais la pratique était déjà courante dans les concessions de travaux publics au milieu du XIX^{e} siècle. Le législateur s'en est saisi pour la consacrer dans le domaine des chemins de fer à la fin du siècle. La sous-concession a connu de nombreuses évolutions, à commencer par une mutation terminologique. À ce titre, l'article 24 de la loi du 11 juin 1880 disposait qu'étaient affranchies du droit d'enregistrement fixe de 1 franc les conventions de « *concessions et rétroconcessions de chemin de fer d'intérêt local, ainsi que les cahiers des charges qui leur sont annexés* ». Le terme « *rétroconcession* », comme l'ont fait remarquer les auteurs du *Répertoire du droit administratif*, laissait découvrir un sens nouveau, un véritable mécanisme contractuel par lequel la collectivité territoriale, concessionnaire de l'État, concède à leur tour la construction des chemins de fer à un particulier en vertu de la faculté qui leur en a été réservée dans l'acte originaire de la concession [259]. Lorsque l'État a pris l'initiative de la construction d'un Tramway, il peut toujours accorder la concession à un

256 On retrouve l'idée dans la réponse apportée par le Ministre des collectivités territoriales à la question écrite d'un sénateur. Réponse du Ministère chargé des collectivités territoriales, J.O. Sénat du 2 juin 2011 p. 1470.

257 Article 4 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

258 G. LE CHATELIER, « Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession », *AJCT*, 2016, p. 249-257.

259 L. BÉQUET, *Répertoire du droit administratif*, P. Dupont (Paris), 1892, p. 432.

… / …

département ou à une commune avec la faculté de rétrocession. En effet, le département qui veut établir un chemin de fer d'intérêt local a la faculté ou de le faire construire par un concessionnaire qu'il subroge dans une partie de ses droits (droit d'expropriation, droit de péage, garantie d'intérêt), ou de construire la ligne directement et sans intermédiaire. Lorsqu'il opte pour le premier parti, il fait une sorte de sous-concession ; il transmet à un tiers les droits et les obligations juridiques du traité originaire et c'est ce que la loi du 11 juin 1880 appelle rétrocession [260]. La rétrocession reposait sur une sorte de principe de subsidiarité. Le principe est, quand deux autorités différentes sont intéressées, de donner compétence à la plus importante : à l'État, si le Tramway est établi, même en partie seulement, sur une voie dépendant de son domaine public ; au conseil général, si la voie, sans emprunter une route nationale, doit être établie, même en partie seulement sur une route départementale ; le conseil municipal, que si le Tramway est entièrement établi sur le territoire de la commune [261]. La *rétrocession* était à la fois une faculté pour le concessionnaire originel, lorsque les conditions exigées sont remplies, mais aussi et surtout un répartiteur de compétences entre plusieurs personnes publiques. L'unité du critère organique était exaltée et formait, au titre de la concession, le point central de l'édification de ce mécanisme contractuel. Il n'en est cependant pas de même du régime juridique.

B. Un régime juridique dualiste insatisfaisant

À la différence des autres contrats pour lesquels la détermination de la nature administrative emporte automatiquement l'application d'un régime juridique défini, la sous-concession exige, de par ses spécificités, que soit traitée de manière différenciée la question de sa nature juridique (1) et celle du régime juridique auquel elle est soumise (2).

1. Une nature juridique ambivalente

La sous-concession, contrairement à d'autres sous-contrats, n'a pas fait l'objet d'un encadrement juridique de la part du législateur. La loi Sapin du 29 janvier 1993 [262] n'en porte nullement la trace. Pas plus que la directive « concessions » [263] ; celles-ci ne

260 Rapport de la commission du Sénat sur la loi 11 juin 1880 sur les Tramways-vapeur.

261 A. DREYFUS, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, A. Pedone (Paris), 1896, p. 57.

262 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

263 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

… / …

proposant qu'un encadrement de la sous-traitance, notion qui n'est d'ailleurs pas définie [264]. Quant à l'ordonnance du 29 janvier 2016, elle ne comporte aucune disposition relative à la sous-concession. Elle se contente de reprendre, de façon neutre, le mécanisme initié par la directive sans pour autant le qualifier de sous-traitance. Au demeurant, la nature juridique des sous-concessions est confrontée à deux types de difficultés.

En premier lieu, il est malaisé de déterminer la nature juridique de la sous-concession. Comme relevé dans nos développements précédents, le mécanisme de la sous-concession est ancien et, du fait de la nature obligatoirement publique du concédant de premier rang, ne posait pas de difficultés quant à sa qualification. La nature juridique du contrat que le concédant de premier rang concluait avec une personne privée était déterminée au regard des critères classiques de détermination du contrat administratif. Aussi, seul le critère matériel du contrat bénéficiait d'une analyse poussée, étant entendu que le critère organique était satisfait. Les difficultés de qualification qu'a connu le contrat de sous-concession résultent du fait qu'après avoir reconnu aux personnes privées la qualité de concessionnaire, le juge administratif se soit réfugié dans un mutisme quant à la nature juridique du contrat par lequel un concessionnaire privé de premier rang « *sous-concède* » à son tour à une personne privée ou publique une partie de ses missions contractuelles. Dans cette hypothèse, le critère organique n'est point satisfait. Le concessionnaire privé de la concession de premier rang devient le concédant dans la concession de second rang. L'absence d'une personne publique implique, selon la jurisprudence, que le contrat en cause ne puisse, en dehors des cas de représentation, être administratif. Or, la sous-concession ne répond pas à la logique de la représentation : c'est un contrat conclu par le concédant pour son propre compte. Dès lors, la qualification de contrat administratif de la sous-concession exigeait que le concessionnaire de premier rang soit une personne morale de droit public. À l'inverse, devrait être qualifiée de contrat de droit privé la sous-concession dont le contractant était de droit privé.

Cette ambivalence n'était pas sans conséquence. Certes, la méthode de qualification de la sous-concession se voulait en phase avec l'état de la jurisprudence relative au critère organique dans les contrats administratifs. Pourtant, ce faisant, cette ambivalence s'est caractérisée par l'insoumission au droit public de contrats dont l'objet portait sur des activités qui étaient sous la responsabilité d'une personne publique [265]. Cette dernière ne

---

264 Article 42 de la directive Concessions.

265 De même, en matière de convention comportant occupation du domaine public, une interprétation de l'arrêt du T. confl., 10 juillet 1956, *Société steeple-chases de France* emmène à considérer que le juge judiciaire

… / …

pouvait pas en avoir le contrôle, ni appliquer ses prérogatives envers ces contrats [266]. La subdélégation de service public, compte tenu du rôle joué par le critère organique dans la qualification du contrat, emporte donc, virtuellement, le risque qu'il soit moins bien assuré [267].

À partir de 1936, le Conseil d'État entama une œuvre d'organisation des sous-concessions. Il fallait trouver un élément à la fois fort et suffisamment rassembleur pour unifier la nature juridique des sous-concessions : le critère organique sera définitivement affaibli au profit du critère du service public. C'est ainsi que le juge administratif qualifiera logiquement de contrat administratif la convention portant sur « *un service public des bains de mer* » conclue entre une commune et un syndicat [268]. Toutefois, cette œuvre fut incomplète. Certes, elle confirmait la qualification de contrat administratif de la sous-concession lorsque le concessionnaire était une personne privée, mandataire d'une personne publique. Cette jurisprudence, confirmée ultérieurement [269], faisait du service public la clé de voute de la qualification des sous-concessions. Sans le déclarer expressément, la logique de ces arrêts pouvait conduire à considérer que la condition du service public emportait, pour les sous-concessions dont il était l'objet, la qualification de contrat administratif. Le contentieux contractuel de l'époque n'en porte cependant pas des illustrations. La question de la qualification restait entière.

En second lieu, la problématique de la nature juridique des sous-concessions s'est reposée avec insistance dans les années 1990 par le truchement de celle de leur régime juridique. En effet, l'encadrement de la concession des travaux par le droit communautaire [270], puis des délégations de service public par la loi Sapin incitait vivement à la résolution des incertitudes juridiques relatives aux sous-concessions. Le législateur, le juge et la doctrine étaient amenés à répondre à la question de savoir si la

---

est compétent à l'égard de tout sous-concession domaniale, dès lors que la sous-location est consentie par un occupant de premier ordre qui n'est pas concessionnaire de service public. Pour approfondir : L. JANICOT, « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'ininvocabilité des contrats administratifs par les tiers », *RFDA* juillet 2012, vol. 4, p. 692-705.

266 CE, 27 octobre 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, *AJDA* 2010. 2076 ; AJCT 2011. 33, obs. G. LE CHATELIER.

267 B. DACOSTA, « Contrat entre un concessionnaire d'autoroutes et une entreprise de dépannage : quel est le juge compétent ? », *AJDA*, décembre 2014, vol. 43, p. 2479-2485.

268 CE, Sect., 18 décembre 1936, *Prade*, rec. 1124.

269 CE, 23 mai 1958, *Amoudruz*, rec. 301 ; CE, 4 octobre 1961, *Mme Verneuil*, rec. 533.

270 Directive 89/440 du 18 juillet 1989, puis la directive « consolidée » 93/38/CEE sur la passation des marchés publics de travaux.

… / …

sous-concession devrait être considérée comme une concession au sens de la loi Sapin. La réponse, cruciale à plusieurs égards, devait permettre de déterminer le régime applicable aux sous-concessions et surtout de savoir s'il convenait d'encadrer leur passation. D'un point de vue structurel, plusieurs arguments militaient pour cette assimilation de régime juridique.

D'abord, l'entrée de la concession au sein de la catégorie de la délégation de service public ne coupait pas le cordon ombilical avec la sous-concession. Le premier restant le socle sur lequel le second se conclut. De plus, la rémunération dans les deux types de contrats était soumise aux conditions élaborées par le Conseil d'État dans l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* [271] et précisées dans l'arrêt *SMITOM* [272]. Leur objet aussi se caractérisait par une certaine unité : résultant directement d'une concession dont elle contribue à assurer la bonne exécution, la sous-concession est, *a priori* et pour des raisons légitimes, matériellement liée à cette dernière. Son objet découle de celui de la concession [273] faisant du service public l'élément le mieux partagé.

Deuxièmement, la réponse proposée devrait clore les incertitudes sur la nature juridique du contrat de sous-concession. Ainsi, sa soumission à la loi Sapin aurait cristallisé sa qualification de contrat administratif et unifié son régime juridique qui jusque-là était à « double visage » selon la qualité du sous-concédant.

2. Un régime juridique dyadique

Ce fut finalement le Conseil d'État qui se prononça, non sans mal, sur la double question de la nature et du régime juridique des sous-concessions d'autoroutes dans un avis pris en assemblée générale le 16 mai 2002 [274]. Celui-ci opta pour une dualité de régime juridique de passation selon le statut du concédant.

---

271 CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune Lambesc* : Rec. p. 274.

272 CE, 30 juin 1999, *SMITOM Centre-Ouest et Marnais* : *AJDA* 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL et note J.-M. PEYRICAL.

273 CE, 10 mai 1979, *Ministre de l'Équipement et de l'Aménagement du Territoire* c/ *S.A. "Jeanne d'Arc"*, p. 364 ; CE, 15 juin 1983, *Association Ouest Varoise*, n° req. 23325, p. 719 : « *Le sous-concessionnaire est soumis aux règles qui résultent des termes mêmes du sous-traité d'exploitation, et notamment à celles qui s'imposent au concessionnaire en vertu de la concession d'exploitation elle-même* ».

274 CE, Ass., avis du 16 mai 2002 req. n° 366305, *EDCE* 2003, p. 202.

… / …

Il ressort de cet avis, d'une part, que les sous-concessions étaient soumises à la loi Sapin si le sous-concédant était une personne publique [275]. Cet avis vient mettre fin à la soumission systématique des sous-concessions à la procédure de la loi Sapin initiée par certains tribunaux administratifs dans l'optique de lutter contre la fraude [276]. D'autre part, les sous-concessions dont le sous-concédant avait la qualité de pouvoir adjudicateur [277] étaient quant à elles soumises aux principes issus de l'arrêt *Telaustria* [278]. Quant aux sous-concessions [279] dans lesquelles le sous-concédant n'a la qualité ni d'une personne publique, ni d'un pouvoir adjudicateur, leur nature juridique est appréciée par application des règles de la domanialité publique et sont, en effet, d'ores et déjà administratifs puisqu'elles comportent occupation du domaine public [280].

Cette catégorisation du régime juridique de la passation des sous-concessions n'était pas satisfaisante puis qu'elle proposait une diversité de régimes juridiques pour un même contrat administratif. De plus, cette catégorisation éludait l'hypothèse assez fréquente de la sous-concession de service public qui n'emporte pas occupation du domaine public dans laquelle le concédant, de droit privé, n'avait la qualité ni d'une personne publique au sens de la loi Sapin, ni d'un pouvoir adjudicateur au sens des textes communautaires. C'est cette question qui a été posée aux sages du Palais-Royal à propos du service de dépannage et de remorquage sur les autoroutes [281]. Était en cause, un contrat conclu entre une société privée concessionnaire d'autoroute et une entreprise de dépannage dont la validité est contestée par un concurrent évincé. La recevabilité du recours « *Tropic* » dépend du caractère administratif [282] du contrat en cause et il revenait préalablement aux

---

275 CE, Ass., avis du 16 mai 2002 : « *... dès lors que les sociétés concessionnaires sont des personnes morales de droit privé et ne sont pas mandataires de l'État, les contrats qu'elles concluent en vue d'exploiter les installations commerciales sur les aires de service ne sauraient être soumis, pour leur passation, aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par la loi du 29 janvier 1993* ».

276 TA Nice, 7 décembre 1999, *Établissement Alain Marine*, *BJCP*, n° 10, p. 204.

277 Article 1er des directives n° 92/50/CEE, n° 93/36/CEE, n° 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation respectivement des marchés publics de services, de fournitures et de travaux, transposé à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991.

278 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, paragr. 60.

279 Notamment de restauration ou de distribution de carburant.

280 T. confl., 23 février 1981, n° 2191, *Société Socamex* c/ *Société des autoroutes du Sud de la France*, Rec., p. 501.

281 CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *Société Autoroutes du Sud de la France* c/ *Société Garage des Pins*, *AJDA* 2014 p. 2479.

282 Le Conseil d'État affirme dans son arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux signalisation :* « *Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du*

… / …

juges de qualifier le contrat de dépannage. Pour déclarer leur incompétence, les juges du fond ont d'abord considéré qu'en se rattachant à une exploitation sans activités de construction de l'ouvrage concédé, le contrat n'emportait pas occupation du domaine public et ne pouvait être qualifié de contrat administratif par détermination de la loi [283] et à défaut par la jurisprudence [284]. En effet, la qualification de contrat comportant occupation du domaine public est réservée à ceux dont c'est l'objet même, non à ceux dont l'exécution implique simplement une telle occupation [285]. Il revenait ensuite aux juges du fond de déterminer si le contrat pouvait être administratif en application des critères d'identification développés par le Conseil d'État dans son avis du 16 mai 2002 [286]. D'un point de vue matériel, la condition relative à l'objet du contrat est satisfaite. Le service de dépannage est une mission de service public depuis l'arrêt *Époux Lasaulce* en date du 22 mars 2000 [287]. Cette jurisprudence fut confirmée dans une décision du 6 novembre 2013, *SARL Rapidépannage 62* [288]. D'un point de vue organique, la présence d'une personne publique faisait défaut dans le cas d'espèce et la société privée concessionnaire ne pouvait non plus avoir la qualité de pouvoir adjudicateur, le tribunal administratif de Montpellier [289], puis la Cour administrative d'appel de Marseille [290] ont estimé qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé. Le pourvoi opéré par la *Société Garage des Pins* permit au Conseil d'État de connaître pour la première fois de la question de la nature du contrat de sous-concession conclu entre deux personnes privées portant sur un service public sans emporter occupation du domaine public.

---

contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ».

283 En application de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

284 T. confl., 10 juillet 1956, *Société de steeple-chases de France* : RDP 1957, p. 522 ; *AJDA* 1956, p. 352 ; D. 1956, p. 684.

285 T. confl., 21 mai 2007, n° 3609, *SA Codiam*, Rec., *AJDA*, 2008, p. 200, note J. ROBBE.

286 CE, Ass., avis du 16 mai 2002, préc.

287 CE, 22 mars 2000 n° 207804, *Époux Lasaulce*, Rec., p. 126, *RFDA* 2001, p. 353, note G. J. GUGLIELMI.

288 CE, 6 novembre 2013, *SARL Rapidépannage 62*, n° 363963, ECLI : FR : CESSR : 2013 :363963.20131106 : « *que la mission de service public de dépannage des véhicules, déléguée par la concession, implique que la société concessionnaire ou, le cas échéant, les entreprises sous-traitantes choisies par elle, aient la capacité d'effectuer leurs interventions conformément aux objectifs de la sécurité routière qui s'imposent sur l'ensemble du périmètre de la concession, y compris pour l'accès aux aires de repos et de stationnement et pour leur dégagement* ».

289 TA Montpellier, 24 juin 2011, n° 1001920.

290 CAA Marseille, 13 novembre 2013, n° 11MA02850-11MA02877.

… / …

Rappelons que les juridictions inférieures ont eu déjà à se prononcer sur la question. C'est ainsi que tribunal administratif de Lyon, a jugé que « *le contrat par lequel une société concessionnaire privée d'autoroute, confie à un garagiste […] une mission générale de dépannage sur un secteur, doit, eu égard à son objet et aux conditions dans lesquelles il est conclu, être regardé comme passé pour le compte de l'État* » [291]. Cette justification qui s'articulait autour de la jurisprudence *Entreprise Peyrot* n'était pas convaincante. Elle contribuait à faire déborder cette dernière de son champ d'application classique en l'étendant aux contrats relatifs à l'exploitation des routes et autoroutes. Les jugements postérieurs tout en prenant position pour une qualification administrative [292] ou de droit privé [293] des contrats, ne proposent pas une lecture homogène des arguments ayant milité pour ces qualifications. Ainsi, la question restait entière devant le Conseil d'État. S'interrogeant sur la possibilité qu'un tel contrat soit regardé comme passé pour le compte de l'État et estimant que la question soulevait une difficulté sérieuse, le Conseil d'État a saisi le Tribunal des conflits [294]. Dans un important arrêt en date du 9 mars 2015, le Tribunal des conflits conclut que le contrat portant sur une activité de service public qui n'emporte pas occupation du domaine public dans lequel le concédant, de droit privé, n'avait la qualité ni d'une personne publique au sens de la loi Sapin, ni d'un pouvoir adjudicateur au sens des textes communautaires est un contrat de privé [295]. Le juge répartiteur de compétence estime que le contrôle exercé par l'État sur cette activité, n'excédant pas le pouvoir que conserve le propriétaire d'un ouvrage public afin d'assurer le respect de sa destination par son cocontractant, il ne permet pas de regarder le concessionnaire comme agissant pour le compte de celui-ci.

En définitive, l'évolution récente du droit vers un resserrement du critère organique conduit au maintien du régime juridique dualiste des sous-concessions selon la nature publique ou privée du critère organique alors même que le contrat est relatif à une activité de service public.

---

291 TA Lyon, 1er octobre 1996, *Loridant*, n° 9503932, Rec., *AJDA*, 1997, p. 208. Pour une application par les tribunaux judiciaires : Tribunal de commerce de Salon-de-Provence, 14 juin 2011, *SARL Depanplus Auto*, n° 003640.

292 TA Poitiers, 30 juin 2010, n° 0802484, *Société Barrault Dépannage* ; TA Marseille, 13 juillet 2011, n° 1103909, *Société Garage Bagnis*.

293 TA Strasbourg, 21 décembre 2010, n° 1005754, *Société Machajo ;* TA Besançon, 26 mars 2013, n° 1200087, *M. Steve Ersa ;* TA Poitiers, 19 juin 2013, n° 1100863, *Société Barrault Dépannage*.

294 CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *Société Autoroutes du Sud de la France* c/ *Société Garage des Pins*, *AJDA* 2014 p. 2479.

295 T. confl., 9 mars 2015, *Société des autoroutes du Sud de la France c/Société Garage des pins et autres,* n° 3992, *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 111, M. UBAUD-BERGERON, *RFDA* 2015, p. 270, concl. N. ESCAUT, note M. CANEDO-PARIS.

§ 2. La perte de cohérence du critère organique résultant de l'intégration de la logique européenne

Le contrat administratif est désormais largement investi par le législateur qui prend le relais ou se substitue à la qualification jurisprudentielle en la matière. Ce fut le cas par exemple de l'article 2 de la loi MURCEF aux termes duquel, quels que soient leur objet, leurs clauses ou leur montant, tous les contrats de travaux dans lesquels la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage et tous les marchés de services ou de fournitures devraient être qualifiés de marchés publics. Le législateur délégué réitérera cette pratique avec l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux dans laquelle il qualifie expressément de contrats administratifs les concessions de travaux publics, et ce, alors même que certains pouvoirs adjudicateurs peuvent être soumis au droit privé [296]. La doctrine s'est abondamment interrogée, outre les éventuelles raisons de cette ouverture, sur les conséquences qu'elle apportera au contentieux contractuel [297]. L'appartenance des organismes de droit public à la catégorie des autorités concédantes ne soulève plus aucun doute depuis leur consécration par la directive « concessions » et les textes de transposition (A). Ce faisant, le législateur délégué a ouvert, sous l'empire du droit européen, une brèche dans la conception rigide du critère organique dans la concession [298], fragilisant de ce fait la cohérence du critère organique ainsi que celle de la théorie des contrats administratifs (B).

A. L'élévation des personnes privées au rang d'autorités concédantes

La notion de concédant ne jouit plus de son unité d'antan, forgée autour de la personne publique. Désormais, elle induit, sous l'effet du droit de l'Union et selon un ensemble de conditions (2), la possibilité qu'une personne privée soit considérée comme un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicative (1).

---

296 Article 1er et 2 de l'ordonnance.

297 N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, « De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juin 2010, vol. 100, p. 16-18 ; F. LINDITCH, « Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours », *JCP A*, 8 juin 2009, vol. 24, p. 32-39 ; F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, mai 2005, vol. 5, p. 12-25.

298 Notons que la qualification du contrat administratif par détermination de la loi offre un autre exemple historique de la neutralisation du critère organique avec le décret-loi du 17 juin 1938.

1. La consécration de l'organisme de droit public en tant que critère organique

La consécration de l'organisme de droit public au titre d'autorité concédante procède de la prise en compte au sein des contrats de concession des notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice dont les tentatives officielles d'intégration en droit français remontent à la directive 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. En définissant les concessions de services et de travaux en des termes identiques que la définition des marchés publics, le législateur européen introduisait officiellement dans les contrats de concession les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice. Prenant acte, le législateur français a à son tour repris ces notions dans l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession des travaux publics tout en prenant le soin de consacrer un titre relatif aux concessions de travaux attribuées par les pouvoirs adjudicateurs dont le champ a été limité principalement aux organismes de droit public. Par cette ordonnance, le législateur a également consacré en droit interne la dissymétrie organique dans les contrats de concession. En effet, si le critère organique des contrats de travaux publics était en phase avec le droit européen et doté d'un champ d'attractivité beaucoup plus étendu, le critère organique de la délégation de service public restait quant à lui toujours circonscrit aux personnes morales de droit public par application des articles 38 et suivants de la loi Sapin.

Les directives du 26 février 2014 reformant les contrats de la commande publique ont eu pour effet d'unifier d'un point de vue organique ces contrats par l'usage des termes génériques de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice [299]. Toutefois, l'article 6 de la directive du 26 février 2014 relative aux contrats de concession adopte une logique énumérative plutôt que définitionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur. Ces derniers sont constitués par « *l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public, autres que les autorités, organismes ou associations qui exercent l'une des activités visées à l'annexe II, et qui attribuent une concession ayant pour objet l'exercice d'une de ces activités* ». Les articles 8, 9 et 10 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 achèvent l'évolution terminologique en substituant aux différents termes existants ceux de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices

[299] M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 218-226.

… / …

(rassemblées sous le vocable d'autorités concédantes). La transposition opérée par l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 dispose que la notion de pouvoir adjudicateur comprend les personnes publiques quelles que soient leur forme juridique et leur objet, les personnes privées relevant de la catégorie d'organisme de droit public [300] et les personnes privées *ad hoc*, créées en vue d'une coopération publique. De ces différentes entités, l'organisme de droit public attire particulièrement l'attention dans le cadre des démonstrations relatives à la vigueur du critère organique.

D'essence européenne et comptant parmi les pouvoirs adjudicateurs, l'organisme de droit public résulte de la volonté d'appréhender de manière fonctionnelle le champ d'application organique de la directive concessions. La notion, autonome des concepts nationaux [301], permet de prendre en compte dans la détermination des entités soumises au respect des règles de passation des concessions celles qui, sans être des personnes de droit public, sont tout de même sous l'influence d'une autorité publique [302]. Pour être qualifié de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice par le biais de la notion d'organisme de droit public, l'entité doit remplir des conditions spécifiques.

2. Les éléments d'identification de l'organisme de droit public

L'organisme de droit public s'identifie selon une jurisprudence désormais codifiée à l'aune de trois conditions cumulatives [303].

---

300 Article 9 alinéa 2 : « *Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur* ».

301 CJUE, 27 février 2003, CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, *CP-ACCP* juin 2003, n° 23, p. 50, comm. L. RICHER ; *AJDA* 2003. 1228, note J.-D. DREYFUS, points 23.

302 L. RICHER et F. LICHÈRE, Droit des contrats administratifs, 10e éd., Paris, France, L.G.D.J., 2016, p. 378 ; S. NICINSKI, Droit public des affaires, 5e éd., France, LGDJ-Lextenso éd., 2016, p. 548 ; H. HOEPFFNER, Droit des contrats administratifs, Paris, Dalloz, 2016, p. 110 ; Voir aussi : F. LLORENS, Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif, Thèse de doctorat d'État, France, 1978, 1259 p ; F. LICHÈRE, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, p. 341.

303 CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C 44-96 : Rec. *CJCE*, p. 1-73, concl. P. LÉGER ; *Europe* 1998, *comm.* n° 94 ; *Marchés publ.* 5/1998, p. 33 *CJEG* 1998, p. 239, Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER. Voir aussi CJCE, 10 novembre 1998, aff. C-360/96, *BFI Holding*, Rec. *CJCE*, I, p. 6846.

… / …

La première condition, relative à la personnalité morale de l'entité, ne pose pas de difficultés particulières. Elle est réputée satisfaite dès lors que l'entité dispose de la personnalité juridique et qu'elle est dotée d'une capacité juridique [304].

La seconde condition, matérielle, postule que l'organisme de droit public soit créé pour « *satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ». Ces éléments ont fait l'objet de développements jurisprudentiels visant à les préciser. Pour ce faire, la jurisprudence européenne tient compte des modalités de création et d'organisation des activités, ainsi que des motifs qui ont présidé à sa mise en place [305].

La Cour retient d'une part, une conception large de la notion d'intérêt général [306]. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mannesmann*, l'avocat général Ph. Leger considère la condition de l'intérêt général satisfaite lorsque ces organismes assument des activités relevant de « *missions essentielles dévolues aux personnes publiques* » [307]. C'est le cas lorsqu'il s'agit de la gestion d'une université [308], d'activités mortuaires et de pompes funèbres [309], de logement social [310] ou encore de la promotion industrielle [311].

D'autre part et de façon concomitante, la jurisprudence européenne conçoit la notion activité non industrielle et commerciale comme une activité dont les modalités de satisfaction sont, par principe, étrangères à « *l'offre de biens ou de services sur le marché* » [312] et « *que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire*

---

304 Pour une illustration, voir : TPI, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA contre Eulex Kosovo*, aff. T-213/12, cons. 26 et 37. Sur la conception du financement majoritaire, voir : CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte* : *University of Cambridge*, aff. C-380/98, cons. 33, 36 et 44 ; Sur la question du contrôle de la gestion : CJUE, 27 février 2003, CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, *préc.,* points 70 à 73.

305 CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, préc. Voir également : CJUE, 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00, point 81.

306 CJCE, 15 mars 2003, *Commission* c/ *Espagne*, C-214/00, *Ctts et MP*, 2003, com. 124.

307 Conclusions sur l'arrêt CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann*.

308 CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, aff. C-380/98.

309 CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, préc.

310 CJCE, 1er février 2001, *Commission c / République française*, aff. C-237/99, préc.

311 CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy*, aff. C-18/01.

312 CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, Rec., p. I-6824-6870, *BJCP*, n° 2/1999, points 38 à 53, concl. A. LA PERGOLA ; note, Ch. MAUGÜÉ.

… / …

lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante » [313]. Elle fait également preuve de pragmatisme dans l'analyse des différentes composantes. Ainsi a-t-il été jugé que l'absence de concurrence n'est pas un préalable à la reconnaissance d'organisme de droit public puisque la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées [314]. Aussi, le fait que l'organisme poursuit un but lucratif et a pour objectif principal la réalisation de profits, si elle ne l'exclut pas *de facto*, renforce la probabilité selon laquelle l'entité en cause n'a pas pour objet de satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial [315].

La dernière condition, relative à la dépendance institutionnelle, peut être satisfaite de plusieurs manières.

Elle peut être considérée comme remplie lorsqu'une personne morale de droit public ou un autre organisme de droit public prend à sa charge plus de la moitié du financement de l'organisme considéré [316]. La jurisprudence précise que le calcul de la part majoritaire du financement public a pour assiette l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale, sur une année budgétaire entière et au regard des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle [317].

Le financement public est également établi s'il apparaît que les ressources de l'entité de droit privé sont déterminées, tant dans leur principe que dans leur montant ou leurs modalités de calcul, par une personne publique ou un organisme de droit public et qu'elles sont recouvrées par cette même entité en vertu de prérogatives de puissance publique et sans contre-prestation spécifique [318].

---

313 CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, préc., points 50 à 53 ; CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, préc ; point 50.

314 CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06.

315 CJUE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, préc ; point 54.

316 Au sujet du financement public majoritaire, la Cour considère que le terme « majoritairement » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié » : CJUE, 3 octobre 2000, *University of Cambridg*e, aff. C-380/98, préc., point 33.

317 *Idem*, points 36 et 44.

318 Voir notamment : CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk et autres c/ Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, C-337/06, point 48 ; *AJDA* 2008. 240, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT. ; *BJCP* 2008. 92, note R. SCHWARTZ ; *Contrats Marchés publ*. 2008, comm. 4, note W. ZIMMER ; *Europe* 2008, comm. 44, note E. MEISSE ; *JCP Adm*. 2008, 2225, § 3, obs. O. DUBOS ; CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, aff. C-300/07, point 57.

… / …

En outre la condition de la dépendance institutionnelle peut se manifester par le biais du contrôle qu'une personne publique ou un organisme de droit public exerce sur la gestion de l'entité. Ce contrôle doit être actif et permanent. Il doit conférer à la personne publique une influence déterminante sur l'activité de l'entité et, en particulier, sur ses décisions en matière de concession [319].

Elle peut, enfin, s'illustrer par l'existence au profit de la personne publique ou d'un organisme de droit public d'un pouvoir de désignation de la majorité des membres des organes de gestion [320].

La notion d'organisme de droit public a connu sous l'effet de la transposition de la directive « concessions » un rétrécissement de son champ. En effet, selon la professeure Marion Ubaud-Bergeron, le fait que les personnes morales de droit public « *soient désormais automatiquement des pouvoirs adjudicateurs implique que seules des personnes morales de droit privé sont susceptibles en France d'être des organismes de droit public au sens de la directive* » [321]. L'admission de ces entités privées au rang d'autorités concédantes produit une influence certaine sur la cohérence et la solidité de l'unité du critère organique.

B. Le bouleversement de la cohérence du contrat administratif par la notion d'organisme de droit public

La notion d'organisme de droit public a introduit au sein de la théorie des contrats administratifs une double instabilité. La première, portant spécifiquement sur la concession et la sous-concession, remet en cause l'unité du critère organique (1). La seconde pose la problématique de la pertinence de la notion de contrat administratif dans un environnement de dualisme du critère organique (2).

1. La perte de cohérence du critère organique

Comme le mentionne Stéphane De la Rosa, l'intégration de la notion d'organisme de droit public dans le processus de formation du contrat de concession concourt à élargir le

---

319 CJCE, 1er février 2001, *Commission c / République française*, aff. C-237/99, Rec., *Ctts et MP*, 2001, n° 64, point 59 ; Pour une illustration contraire, voir : CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, préc., point 74.

320 Voir en ce sens : CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG*, aff. C-44/96, préc., point 28.

321 M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », art cit.

… / …

spectre d'action organique de la directive « concessions » [322]. Du point de vue du droit de l'Union, « *la qualification de l'entité concédante par chaque système juridique national est sans pertinence. Ce qui compte c'est son lien avec des personnes publiques et, en définitive, avec l'argent public.* » [323] Si le principe selon lequel les personnes privées ne peuvent être des pouvoirs adjudicateurs est encore d'une autorité certaine, l'existence de personnes privées qualifiables d'organisme de droit public remet partiellement celui-ci en cause. L'unification du critère organique dans la commande publique initiée par le droit européen induit en creux, en droit français, une diversité de la nature juridique de celui-ci.

Rappelons que cette dualité de la nature juridique du critère organique de la concession n'est pas une nouveauté pour le juge administratif qui l'a consacré pour les contrats de sous-concessions de service public dans son avis du 16 mai 2002 [324]. Le Conseil d'État a en effet reconnu la qualité de pouvoir adjudicateur aux sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes qui remplissent les conditions de l'organisme de droit privé au sens de l'article 1er des directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics respectivement de services, de fournitures et de travaux. Ces sociétés étaient dès lors soumises à la jurisprudence *Telaustria* [325]. Le désengagement de l'État en tant qu'actionnaire majoritaire de ces SEM à partir de 2005 a renouvelé la question du statut de ces dernières. Dans un avis consultatif du 2 décembre 2005, le Conseil de la concurrence a estimé que les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes ne peuvent désormais être qualifiées d'organisme de droit public. Cet avis sera confirmé par le Conseil d'État dans son arrêt *Société autoroutes Rhône-Alpes* [326] par lequel il affirme qu'une société privée concessionnaire d'autoroute à capitaux purement privés ne peut être regardée, au vu de la nature du contrôle exercé sur

---

322 S. DE LA ROSA, *Droit européen de la commande publique*, Bruylant, 2017, paragr. 139 : « *L'organisme de droit public est conçu pour englober toutes les organisations juridiquement indépendantes qui sont étroitement liées à l'État et qui se comportent fondamentalement comme des entités publiques* ».

323 R. NOGUELLOU, « Champ d'application organique », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, Fasc. 40*, 28 sept. 2016, paragr. 3.

324 CE, Ass., avis du 16 mai 2002 req. n° 366305, préc., p. 202.

325 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, préc.

326 CE, 30 septembre 2009, *Société autoroutes Rhône-Alpes*, req 326424, *JCP A*, n° 48, 23 novembre 2009, 2279, concl. BOULOUIS et note, LINDITCH. La juridiction de premier ordre avait conclu à la qualification d'organisme de droit privé. Voir : TA Lyon, ord., 9 mars 2009, n° 09-00917 et n° 09-00918, *Société Trabet Travaux et Bétons*.

… / …

sa gestion par l'État, comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Pour autant, d'un point de vue idéologique, la consécration de la possibilité pour les personnes privées d'être qualifiées de pouvoir adjudicateur dans la formation de concession de premier rang fragilise l'unité juridique du critère organique des concessions ainsi que sa cohérence [327]. Cette tendance est encore plus remarquable pour les concessions dont la prestation caractéristique porte sur le service public. La spécificité de l'objet du contrat exige la présence directe ou indirecte d'une personne publique qui est la seule entité à décider de la déléguer par contrat à un tiers [328]. L'absence de consécration par les textes de transposition de la directive du principe d'exclusivité des personnes publiques dans l'accès au statut d'autorité concédante de service public renforce le sentiment de dislocation de l'unité du critère organique [329].

Cette fragilisation produit également des effets sur la cohérence de la qualification de contrat administratif.

2. Le maintien artificiel de la notion de contrat administratif

Le fait que les pouvoirs adjudicateurs susceptibles de conclure un contrat de concession de services ou de travaux soient notamment des organismes de droit public ou des personnes privées constituées à l'initiative des personnes publiques en vue de réaliser certaines activités en commun conduit à s'interroger sur la qualification de ces contrats de concession comme contrat administratif.

L'article 3 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 consacre une distinction de la qualification contractuelle fondée sur la nature du critère organique dans la mesure où il ne qualifie de contrats administratifs que « *les contrats de concession relevant de la présente ordonnance, passés par des personnes morales de droit public* » [330]. Ce choix, totalement étranger à toute contrainte européenne, manifeste de façon très nette la

---

327 P. DELVOLVÉ, « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession » dans *Le service public ; Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 157.

328 P. DELVOLVÉ, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, vol. 9, p. 675-691.

329 Cette fragilisation ne concerne toutefois pas la délégation de service public dans laquelle les autorités délégantes se réduisent selon les dispositions du CGCT aux collectivités territoriales, à leurs groupements et à leurs établissements publics.

330 Article 3 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

… / …

persistance d'un attachement français au critère organique [331]. Cette formulation qui tend à préserver la conception originale du contrat administratif est en phase avec la politique jurisprudentielle du Conseil d'État de ces dernières années qui poursuit l'objet d'un recentrage de la notion de contrat administratif autour de la personne publique [332]. Conséquemment, elle dénie la qualité de contrat administratif aux concessions dont le pouvoir adjudicateur est un organisme de droit public. En effet, la qualification d'une entité privée d'organisme de droit public n'active pas une mutation de sa nature étant entendu que les organismes de droit privé ne sont pas « *assimilables aux personnes morales de droit public du droit français* » [333] et que l'expression « droit public » ne renvoie pas à une nature juridique et encore moins « *à un régime juridique de droit public* » [334]. Elle ne soustrait pas pour autant ces concessions au régime prévu par l'ordonnance du 29 janvier 2016. Cette distinction interne résultante de la dualité organique et répondant à des considérations de cohérence juridiques nationales, voit ses effets partiellement annihilés par la notion de commande publique qui décloisonne « *le droit public et le droit privé, autour de notions transcendant cette distinction* » [335]. La nature administrative ou privée d'un contrat étant une donnée inopérante dans le processus de qualification de concession, se pose dès lors la question du maintien de la notion de contrat administratif ainsi que sa cohérence.

Le maintien de la catégorie discriminante de contrat administratif [336] ne produit que peu de conséquences sur le régime juridique applicable aux concessions des personnes publiques ou des personnes privées. Si, originellement, cette notion a été développée pour permettre l'application d'un régime juridique spécifique à certains contrats afin de permettre la bonne réalisation des activités de service public, elle se trouve aujourd'hui concurrencée par le nouveau droit de la commande publique qui élargit son champ d'application en dehors de la sphère publique [337]. Rompant avec les distinctions classiques fondées sur la différence entre contrats privés et contrats administratifs et entre

---

331 M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », art cit.

332 T. confl., 6 juin 2014, n° 3944, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* c/ *Société Séchaud-Bossuyt et autres*, préc. ; TC, 9 mars 2015, n° 3984, *Mme Rispal c/ Société Autoroutes du sud de la France*, préc.

333 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 378.

334 *Ibid.*

335 M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », art cit.

336 Comme cela a déjà été évoqué, cette « discrimination » est désormais exclusivement fondée sur le critère organique.

337 M. AMILHAT, « La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes », art cit.

… / …

personnes publiques et personnes privées, le droit français adopte en partie la neutralité propre au droit de l'Union européenne en regroupant l'ensemble des personnes relevant du droit de la commande publique [338].

338 M. UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », art cit.

CHAPITRE II.
L'ALTÉRATION DES FONCTIONS DU CRITÈRE DE L'OBJET

La nécessité de façonner la notion de contrat administratif au début du XX^e a exigé du juge administratif et de la doctrine d'opter pour une approche globale, caractérisée par la mise en exergue des critères généraux de cette catégorie contractuelle.

Devrait ainsi être minorée la potentielle diversité des contrats de l'époque au profit de la présentation d'une grille générale de lecture des critères de formation et du régime juridique du contrat administratif. Priorité était accordée à l'unité et à l'homogénéité. Que le juge se soit inspiré du contrat de concession pour édifier sa théorie est sans préjudice de l'application des critères et des principes érigés aux autres contrats administratifs. Au contraire, cela était représentatif du potentiel attractif de la notion.

Pourtant, la présentation générale qui était faite de ce nouveau contrat empruntait à une approche catégorielle qui définissait chaque critère en opposition au contrat civiliste. Pour mener à bien cette tâche, le Conseil d'État va très tôt lier le contrat administratif au travail public, dans un premier temps, puis au service public, dans un second temps. Pour autant, cette approche globale du contrat administratif n'a pas occulté la différenciation endogène de la notion. Sa reconnaissance était même vitale pour l'expansion et l'adaptation du contrat administratif et permettait de renouer avec sa véritable raison : celle d'offrir aux pouvoirs publics, à côté de l'acte unilatéral, un procédé contractuel adapté à la majorité des situations qu'ils sont amenés à connaître. L'étude catégorielle était alors impérieuse, elle fut souhaitée et la doctrine compte bon nombre d'analyses à la fois générales [339] et catégorielles [340] sur la question.

Au fil des évolutions, on observe l'amenuisement de la capacité de l'objet à catégoriser les contrats administratifs (**Section I**). Sa fonction discriminante de régime juridique spécial s'est également, peu à peu éludée, sous l'impulsion notamment du droit de l'Union européenne (**Section II**).

---

339 G. JÈZE, *Les Contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissement*, Laval, impr. Barnéoud, France, 1928, 257 p ; J. SUDRE, *La compétence du Conseil d'état en matière de contrats*, *op. cit.* ; J. ROUVIÈRE, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, *op. cit.* ; G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.* ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*

340 A. BLONDEAU, *La concession de service public*, Dalloz, 1930 ; Ph. COMTE, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, Thèse de doctorat, Université de Paris (1896-1968). Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1934, 199 p ; J. BARTHÉLEMY, « A propos de la nature juridique de la concession de services publics », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1911, vol. 28, p. 379 ; H. REDEUILH, *Nature juridique de la concession de service public*, Thèse, Université de Bordeaux. Faculté de droit, France, 1925, 108 p ; A. DREYFUS, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, *op. cit.*

SECTION I.

L'EFFACEMENT DE L'OBJET EN TANT QUE CRITÈRE DE DISTINCTION ENTRE LA CONCESSION ET LES AUTRES CONTRATS ADMINISTRATIFS

L'objet, du fait de sa diversité, de sa consistance et des modalités de sa réalisation, structure l'ensemble de la vie du contrat. Ainsi, il est possible, par l'étude de ses différentes fonctions, de déterminer son influence dans la concession. L'une des principales fonctions du critère de l'objet est de contribuer à qualifier les contrats. Cette discrimination du contrat en fonction de son objet fut particulièrement prégnante dans le processus de qualification du contrat de concession. Elle participe également à la résolution de la problématique de la nature juridique des contrats (§ 1). Agrégé au critère organique, le critère de l'objet joue aussi le rôle de clé de détermination du régime juridique spécial applicable au contrat administratif. Toutefois, cette fonction particulière tend à s'estomper (§ 2).

§ 1. LA PRÉÉMINENCE HISTORIQUE DU CRITÈRE DE L'OBJET DANS LA QUALIFICATION DE LA CONCESSION

L'objet est un critère répartiteur de compétence juridictionnelle dans la mesure où il est en lui-même un critère de compétence des différentes personnalités juridiques. L'étude des notions de travail public, de service public (A) et celle du domaine public (B) permettra de révéler l'influence qu'exerce le critère de l'objet dans la qualification de la concession.

A. L'effet attractif des notions de travail public et d'ouvrage public dans la qualification de la concession

L'effet attractif de droit public des concessions de travaux publics est ancien (1). Ce mécanisme contractuel s'est révélé dual puisqu'à côté du critère matériel classique d'attribution contentieuse que constitue le travail public, a émergé celui-ci d'ouvrage public (2).

1. Une notion à la règlementation ancienne

Le cas des contrats portant sur les travaux publics est démonstratif de la prééminence dont peut bénéficier le critère de l'objet dans la détermination de la compétence juridictionnelle et, en creux, dans la qualification juridique des contrats. Les travaux

publics doivent principalement cette spécificité à l'article 4 de loi du 28 pluviôse an VIII, abrogé par le 11° du IV de l'article 7 de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques, mais aussi à une jurisprudence qui privilégie une approche fonctionnelle de la notion.

L'encadrement textuel précoce des travaux publics n'a pas été accompagné d'une définition législative de la notion. La loi du 28 pluviôse an VIII n'en porte pas traces, ni la loi de 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics. L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux n'est pas plus diserte sur la notion. Le législateur s'en tient le plus souvent à des qualifications circonstancielles d'activités d'intérêt général en travaux publics [341], ce qui accentue la difficulté d'une approche globale et cohérente [342]. Il revenait aux différentes juridictions de construire cette notion à travers leur jurisprudence.

En 1916, à l'occasion d'un litige survenu entre d'un côté la ville de Paris et de l'autre, Astruc et la société du théâtre des Champs-Élysées à propos d'une promesse de bail pour la construction d'un immeuble destiné aux spectacles artistiques, le commissaire du gouvernement Corneille a donné une définition du travail public : « *ont le caractère de travaux publics les travaux exécutés pour le compte d'une personne morale administrative, soit qu'ils soient exécutés par cette administration même, soit qu'ils le soient par des particuliers se substituant à elle, suivant diverses modalités de contrat, mais à la condition que les travaux aient par eux-mêmes, une destination d'utilité publique* » [343].

Par la suite, dans un arrêt *Commune de Monségur* c*/ Époux Latanne et Brousse* du 10 juin 1921, le Conseil d'État systématise la définition de Corneille dans ses conclusions

---

341 C'est le cas par exemple de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie (article 12) dont les termes ont été repris dans le Code de l'énergie. La loi de finances rectificative pour 2001 (n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 [D. 2002. 259], article. 81). L'article 7 de la loi n° 49-1060 du 2 août 1949 relative à la construction d'un pipe-line entre la Basse-Seine et la région parisienne. L'article 11 de la loi de finances pour 1958 (no 58-336 du 29 mars 1958, D. 1958. 156) pour la construction de « pipe-lines d'intérêt général destinés aux transports d'hydrocarbures liquides », repris à l'article L. 632-2 du Code de l'énergie. L'article 12 de loi n° 64-1246 du 16 décembre 1964 relative à la lutte contre les moustiques pour les travaux et actions de contrôle en vue de la démoustication. L'article 1er de la loi n° 65-498 du 29 juin 1965 relative au transport des produits chimiques par canalisation (D. 1965. 200). La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

342 F. MELLERAY, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », *RFDA*, 1 mai 2010, vol. 3, p. 572-576 ; J. PETIT et G. ÉVEILLARD, *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009, n° 12.

343 CE, 7 avril 1916 *Astruc et Société du théâtre des Champs-Élysées* c*/ ville de Paris*. Rec. 614.

… / …

sur l'arrêt *Astruc* en qualifiant de travaux publics les travaux immobiliers « *exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité général* » [344]. Elle sera élargie à la notion d'ouvrage public par le Tribunal des Conflits dans son arrêt *Effimieff* [345]. Ces jurisprudences, véritables arrêts de principe, mettent en exergue trois principales composantes concourant à la définition de la notion de travail public [346], indépendamment de son mode contractuel ou non de réalisation.

Il faut dans un premier temps que les travaux aient un caractère immobilier. Cette première composante comprend deux éléments qui méritent que l'on s'attarde sur leur nature. Le travail désigne, au regard d'une conception extensive de la jurisprudence, toute opération qui concourt à l'édification d'un ouvrage public. Cette qualification s'applique aussi bien aux opérations préliminaires [347] qu'aux opérations d'entretien et de réparation [348] de l'ouvrage. Cette présentation qui se veut simple n'est pas réductrice des difficultés de qualification de telles opérations, le juge admettant bon nombre d'exceptions aux principes ainsi posés [349]. Le caractère immobilier du travail emprunte

---

344 CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur* c/ *Époux Latanne et Brousse*, Rec. p. 573 ; S. 1921, 3, p. 49, concl. CORNEILLE, note HAURIOU ; RD publ. 1921, p. 366 s., note JÈZE ; *DP* 1923, 3, p. 26.

345 T. confl., 28 mars 1955, *Association Syndicale de reconstruction de Toulon* c/ *Effimieff* : Rec., p. 617 ; *Rev. adm.* 1955, p. 285, note LIET-VEAUX ; *JCP* G 1955, II, 8786, note BLAEVOET ; *AJDA* 1955, p. 332, note J.A.

346 Dans son article « *La double notion de travail public* », *RDP*, 1929, p. 507, R. CAPITANT mettait déjà en exergue la subtilité de la notion de travail public qui comportait au sens actif le travail public et au sens passif l'ouvrage public.

347 À propos du transport des matériaux nécessaires à l'exécution des travaux : CE, 7 novembre 1930, *Guignard* : Rec., p. 627 ; CE, 18 avril 1942, *Société autocars rouges* : Rec., p. 263, S'agissant d'opérations de déblaiement et le nivellement : CE, 1er juillet 1959, *ministre des Affaires étrangères* : Rec., p. 477 ; TA Nantes, 4 février 1997, *préfet Mayenne* c/ *Prodhomme* : *Lettre JCl.* Env. 2/1997, p. 5. Concernant l'évacuation des déblais à la suite d'une opération de curage des fossés de démolition : CE, 22 mai 1958, *Compagnie centrale travaux publics* : Rec., p. 290 ; CE, 5 juillet 1962, *Entreprise Leclerc* : Rec., p. 463 ; CE, 12 mai 1965, *Azeau* : Rec., p. 272 ; CE, 2 février 1973, *Drilleau* : Rec., p. 93 ; TGI Toulouse, 15 octobre 1991, *EDF* c/ *Société Tiso* : *CJEG* 1992, p. 369.

348 S'agissant du goudronnage des routes : CE, 2 octobre 1932, *Lemaître* : Rec., p. 872. Les travaux de peinture : CE, sect., 2 juillet 1971, *Société nationale des chemins de fer français* c/ *M. et Mme Le Piver et autres*, Rec., p. 504.
Ramassage des ordures ménagères : CE, 9 février 1934, *Mabille* : Rec., p. 201 ; CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec., p. 612 ; CE, 9 décembre 1970, *Syndicat intercommunal pour l'utilisation des décharges contrôlées dans la région de Montmorency et Entreprise Fayolle et fils*, Rec., p. 741. CE 28 mars 1952, *David*, Rec., p. 201 ; T. confl., 5 juillet 1999, *Commune de Stetten*, n° 03098, Rec., p. 466 ; CAA Bordeaux, 20 mars 2014, n° 12BX01944, *B.A.*
Sur l''enlèvement d'épaves maritimes reposant sur le sol de la mer territoriale : CE 6 juillet 1973, *Société Recimpex*, Rec., p. 480.

349 C'est le cas du contrat chargeant un expert de relever les données sur des terrains devant accueillir de futures constructions : CAA Nancy, 9 juillet 1991, *OPAC Meurthe-et-Moselle* : Dr. adm. 1991, comm. 472. De

… / …

pour beaucoup à la conception civiliste de la notion d'immeuble [350] qui identifie les immeubles soit par leur nature, soit par leur destination. La juridiction administrative tire principalement le caractère immobilier du travail de l'attache de l'ouvrage réalisé ou en cours de réalisation avec le sol [351] ou les murs d'un bâtiment préexistant [352]. Est aussi considéré, dans l'esprit des articles 524 et 525 du Code civil, comme ayant un caractère immobilier le meuble affecté au service et à l'exploitation du domaine public [353], d'un édifice public [354] ou en considération de son attache à perpétuelle demeure avec un immeuble [355].

La seconde composante tient compte du destinataire du travail immobilier qui doit être une personne publique. Elle s'identifie de deux façons. Soit, la personne publique effectue en régie le travail immobilier par l'intermédiaire de ses agents. Rappelons que la jurisprudence administrative tout comme judiciaire adopte une conception extensive de la personne publique. Au-delà de composantes classiques regroupées sous ce vocable, elle englobe les établissements publics dans toute leur généralité [356] y compris les

---

même, les travaux de lavage des vitres, dépoussiérage, balayage des locaux n'ont pas la qualité de travaux publics : Cass. 1re civ., 9 janvier 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 27 ; *AJDA* 1958, p. 186.

350 Article 518 du C. civ. et suiv.

351 T. confl., 12 janvier 1987, *Derouet* : Rec., p. 44 : Abri « ancré au sol » installé au-dessus d'un marché public.
Une cage de buts sur un stade municipal : CE, 15 février 1989, *Dechaume* : *RFDA* 1990, p. 2310, concl. STIRN ; CE, 9 juillet 1997, *CPAM Maubeuge et a.* : Rec., tables, p. 1039-1072 ; CAA Lyon, 28 juin 2002, *Mireval* : JurisData n° 2002-212062. CAA Bordeaux, 26 juin 2014, n° 13BX02141, *Ministre de l'Alimentation, de la Culture et de la Pêche* : *AJDA* 5 octobre 2014, p. 1887, concl. NORMAND.

352 Les chaudières à condensation dans un HLM : CE, 10 février 2008, *OPHLM Var* : *AJDA* 2008, p. 1734. CAA Lyon, 18 juillet 2013, n° 13LY00692, *D.K. et a.* ; CAA Lyon, 10 avril 2014, n° 12LY20166 : *AJDA* 6 octobre 2014, p. 1865 : « *Les panneaux d'information électorale implantés sur les voies publiques qui n'en constituent pas des accessoires indispensables présentent le caractère d'ouvrages distincts de celles-ci* ».

353 CE, 19 juin 1936, *Société bacs à vapeur Seine-Maritime* : Rec., p. 673, concl. JOSSE ; T. confl., 15 octobre 1973, *Barbou* : Rec., p. 848 ; *AJDA* 1974, p. 94, concl. BRAIBANT ; *JCP* G 1975, II, 18045, note LACHAUME ; D. 1974, jurispr. p. 184, note MODERNE.

354 CE, 23 mars 1966, *Société Otis-Lifre* : Rec. CE 1966, p. 231 ; CAA Lyon, 13 juin 1983, *CCI Lyon* ; Pour une application par les juridictions judiciaires, voir : Cass. crim., 12 mai 1950 : *JCP* G 1950, II, 5874, note MEURISSE ; CA Grenoble, 7 novembre 1945 : S. 1946, 2, p. 118, note PM.

355 CE, 19 décembre 1962, *Louve* : Rec., p. 695.

356 CE 19 février 1969, *EDF* c/ *Entreprise Pignetta et Repetti*, Rec., p. 107 ; T. confl., 23 octobre 2000, *Société Solycaf* c/ *EDF-GDF*, D. 2000, inf. rap. p. 297 ; CE, 22 juillet 1977, *Syndicats Intercommunaux étude, usine incinération agglomération caennaise* : Dr. adm. 1977, comm. 320 ; CE, 3 mars 1978, *SIVOM assainissement vallées Cubry*, : Rec. tables, p. 815 ; Cass. 1re civ., 29 janvier 1985, *Association "Canal du Moulin des Mées"* : *JCP* G 1985, IV, p. 135 ; T. confl., 27 octobre 1987, *Gilbert* c/ *Syndicat mixte équipement Ardèche* : Rec., p. 459.

… / …

personnes publiques étrangères se trouvant sur le territoire national [357]. Soit, la personne publique sollicite le concours d'une personne privée pour exécuter les travaux publics. Le procédé contractuel est ici privilégié et ce dernier est irradié par la nature des travaux. C'est ainsi que les travaux réalisés par une personne privée dans le cadre d'une concession sont qualifiés de concession de travaux publics dans la mesure où ces ouvrages doivent revenir à la personne publique au terme de la concession [358]. Les concessions d'autoroutes illustrent parfaitement cet état de la jurisprudence puisque le caractère de contrat administratif ne se limite pas strictement à la construction et à l'exploitation des autoroutes. Il est dans le sillage de l'arrêt *Société entreprise Peyrot* [359] et s'étend aux contrats dont l'objet est la construction d'ouvrages principaux et accessoires [360] de l'autoroute.

La troisième composante, relative à la finalité du travail, est déterminante pour reconnaître ou non la qualification de travaux publics. Ainsi, il ne peut y avoir travail public que si la finalité poursuivie est l'utilité générale. Cette expression, préférée par le juge à celui d'intérêt général dans l'arrêt *Commune de Monségur* [361], n'a pas manqué de susciter des interrogations auprès des auteurs. Si d'aucuns [362] voient à travers cette expression la volonté du Conseil d'État d'élargir autant que possible le champ

---

357 CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre des Relations extérieures* c/ *Pelaz et autres*, Rec., p. 481, Dr. adm. 1982, comm. 35 ; *RD publ*. 1982, p. 1124, note de SOTO ; *CJEG* 1982, p. 153, concl. LABETOULLE.

358 CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas* : Rec., p. 785 ; *DP* 1928, 3, p. 49, concl. JOSSE, note PEPY ; T. confl., 12 décembre 1955, *Ané c/Électricité de France*, Rec., p. 628 ; T. confl., 26 mars 1990, *Girot et a.* : *Quot. jur*., n° 114, 27 sept. 1990, *chron. jurispr. adm*. p. 7, M.-C. ROUAULT ; *Dr. adm*. 1990, comm. 332 ; CE 7 août 2008, *SA de Gestion des Eaux de Paris*, req. n° 289329, Rec., T. p. 956 ; *BJCP* 2009. 40, concl. GLASER ; T. confl., 24 février 2003, *Viviande-Lejeune* : *RFDA* 2003, p. 1020, chron. TERNEYRE ; *RJDA* 2003, p. 733, note X.

359 T. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyro*t c/ *Société autoroute Estérel-Côte d'Azur* : Rec. CE 1963, p. 787 ; D. 1963, jurispr. p. 534, concl. LONG.

360 T. confl., 4 novembre 1996, *Espinosa c/ Société Escota* : Rec. CE 1996, p. 553 ; *RFDA* 1997, p. 188 ; Civ. 1re, 17 février 2010, *Société Autoroutes du sud de la France c/ Rispal*, n° 08-11.896, AJDA 2010. 917 ; D. 2010. 586 ; *RDI* 2010. 267, obs. R. NOGUELLOU ; CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. n° 332136, AJDA 2011. 72 et 665, chron. A. LALLET et X. DOMINO ; *RDI* 2011.270, obs. S. BRACONNIER ; ; *RTD com*. 2015, p. 247, chron. G. ORSONI ; *Contrats Marchés publ*. 2010. *Comm.* 110, note P. DEVILLERS ; *Dr. adm.* 2015. *Comm*. 34, note F. BRENET ; CE, 23 décembre 2011, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348, *AJDA* 2012, p. 726.

361 CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur* c/ *Époux Latanne et Brousse*, Rec. p. 573 : « *... qu'il suit de là que les travaux exécutés dans une église pour le compte d'une personne publique, dans un but d'utilité générale, conservent le caractère de travaux publics* ».

362 Pour exemple : H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », Dalloz, 2010, paragr. 190.9.

… / …

d'application de la notion de travail public, d'autres [363] considèrent que son utilisation ne résulte que de considérations terminologiques de l'époque et n'équivaut à aucune stratégie jurisprudentielle visant à hiérarchiser les deux expressions. La pratique jurisprudentielle semble pencher vers la seconde hypothèse, dans la mesure où l'utilisation des expressions utilité générale et intérêt général répond à une même finalité : celle de légitimer l'intervention des pouvoirs publics au nom de l'intérêt collectif. Ces deux expressions sont par ailleurs utilisées indifféremment par la jurisprudence, sans que l'on puisse établir des critères généraux pouvant justifier l'usage de l'un au détriment de l'autre. La tendance actuelle laisse entrevoir un usage presque systématique de l'intérêt général. Celui-ci se caractérise par une conception jurisprudentielle extensive qui permet, par ricochet, un élargissement du champ d'application de la notion de travaux publics [364]. L'intérêt général ne se limite pas à la notion de service public. Si tout service public répond à la satisfaction d'un intérêt général, ce dernier va bien au-delà du service public et permet de qualifier des opérations, dès lors qu'elles sont entreprises dans un but d'intérêt général, de travaux publics [365] ou d'ouvrage public.

2. La dualité de la notion [366]

L'ouvrage public a « *longtemps été le mal aimé du droit administratif des biens. Entre le travail public et le domaine public, il peinait à exister* » [367]. La notion n'a jamais fait l'objet d'un arrêt de principe énonçant sa définition en des termes généraux [368]. Empruntant des éléments de définition au travail public et produisant le même effet

---

363 N. BOULOUIS, « Contentieux des travaux publics » dans *Répertoire de contentieux administratif*, 2014, paragr. 19.

364 T. confl., 22 juin 1998, *Cts Bussereau* c/ *Électricité de France et a*, n° 03037, Rec., T. p. 1208 ; T. confl., 5 juillet 1999, *Commune Stetten*, Bull. civ. 1999, n° 25 ; T. confl., 23 juin 2003, *Carras et a.*, Rec., p. 714 ; Bull. T. confl., 2003, n° 26 ; *JCP* A 2003, 1832 ; *JCP* G 2003, IV, 2815 ; T. confl., 18 juin 2007, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis place de la gare à la Varenne-Saint-Hilaire*, *RFD*, *adm.* 2007, p. 1124, chron. TERNEYRE ; *AJDA* 2007, p. 2119, chron. BOUCHER et BOURGEOIS-MACHUREAU ; CE, 17 octobre 1973, *Commune Lahoy* et *Commune Hem* : Rec., tables, p. 1134 ; Cass. 1re civ., 16 juillet 1998 : Bull. civ. 1998, I, n° 262.

365 CE, sect., 20 novembre 1964, *Ville de Carcassonne*, Rec., p. 573 ; Cass. 1re civ., 25 février 2003 : Bull. civ. 2003, I, n° 57 ; D. 2003, inf. rap. p. 806, *Dr. adm* 2003, comm. 114; *RJDA* 2003, p. 518, note X ; T. confl., 8 juin 2009, *Communauté de communes Jura Sud*, *RJEP* 2010, comm. 671, concl. SILVA.

366 Ce titre s'inspire de celui d'un article de R. Capitant : R. CAPITANT, « La double notion de travail public », *RD publ*, 1929, p. 507.

367 J. PETIT, « Ouvrage public : notion » dans *JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 8*, LexisNexis, 2013.

368 F. MELLERAY, « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 4 juillet 2005, vol. 25, p. 1376-1381.

… / …

attractif que ce dernier, l'ouvrage public a été confondu [369] tantôt assimilé [370] au travail public et au domaine public.

Les ouvrages publics ne sont cependant pas systématiquement des dépendances immobilières du domaine public artificiel puisque la notion d'ouvrage public « *n'est pas rebelle à la propriété privée* » [371]. Aussi, la qualification d'ouvrage public n'active pas le même régime juridique que celle de domaine public. L'ouvrage public, même s'il présente des similitudes avec le travail public, ne se confond pas avec ce dernier. Il constitue une notion autonome [372] dont les éléments constitutifs dégagés par la jurisprudence permettent de le définir, en dehors de toute qualification législative, comme un « *bien immobilier aménagé de manière à répondre à sa finalité d'intérêt général* » [373]. L'ouvrage public et le travail public ont en commun des éléments constitutifs mais chacune de ces notions garde son autonomie. Ainsi, de même que seul un travail immobilier peut être qualifié de travail public, seul un bien immobilier peut en principe être qualifié d'ouvrage public [374]. À cette affirmation stricte, la jurisprudence apporte un certain nombre d'exceptions [375].

Il faut, en outre, que l'ouvrage public présente un aménagement. Seuls l'« *immeuble œuvré* » [376], c'est-à-dire qui résulte d'un travail de l'homme peut constituer un ouvrage public. Les biens demeurés dans leur état naturel échappent à cette qualification [377].

---

369 CE, 17 juin 1938, *Le Tournir* : Rec. CE 1938, p. 554 ; S. 1939, 3, p. 6 ; CE, 29 octobre 1954, *Prudot* : Rec. CE 1954, p. 567 ; Voir également T. confl., 21 mars 1966, *Commune de Soultz* : Rec. CE 1966, p. 828 ; *AJDA* 1966, II, p. 306, note GAUTRON ; *CJEG* 1966, p. 195, concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *JCP G* 1966, II, 14687, note DUFAU.

370 Cass. 1re civ., 19 juin 1990, *OPHLM Ivry-sur-Seine* : Bull. civ. 1990, I, n° 176.

371 C. LOGÉAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 24.

372 R. CAPITANT, « La double notion de travail public », art cit.

373 CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, n° 323179 ; Rec. CE 2010, p. 126 ; *AJDA* 2010, p. 1642, chron. LIÉBER et BOTTEGHI ; *AJDA* 2010, p. 1916, note JEANNENEY ; *Dr. adm*. 2010, comm. 38, note PISSALOUX ; *JCP G* 2010, 1476, chron. PLESSIX ; RD imm. 2010, p. 390, note FÉVROT ; *RFDA* 2010, p. 557, concl. GUYOMAR, note MELLERAY ; *RJEP* 2010, comm. 54, note Y. GAUDEMET ; *Grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz 2015, n° 11, comm. F. MELLERAY.

374 CE, 26 septembre 2001, n° 204575, *Département du Bas-Rhin :* Rec. CE 2001, p. 434 ; *AJDA* 2002, p. 549, note ARBOUSSET ; *JCP G* 2002, II, 10029, concl. BACHELIER, Voir également : CE, 12 octobre 1973, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, Rec. Leb p. 567.

375 Voir par exemple CE, 15 février 1989, *Dechaume*, req. n° 48447, *RFDA* 1990. 231, concl. STIRN ; T. confl., 23 février 1981, *Préfet des Hauts-de-Seine*, Rec. Leb, T. p. 952 ; CE, 11 juillet 2008, *Office public départemental de HLM du Var, Generali France*, req. n° 285651, *AJDA* 2008. 1734 ; CAA Bordeaux, 30 septembre 2014, *Mme F. et autres*, n° 12BX03259.

376 R. CAPITANT, « La double notion de travail public », art cit.

377 CE 5 avril 1974, *Allieu*, Rec. Leb. p. 216 ; CE 2 décembre 1987, *Compagnie Air Inter*, Rec. Leb. p. 393.

… / …

L'importance matérielle de l'aménagement importe peu dans la qualification d'ouvrage public [378].

Enfin, l'ouvrage public doit être affecté à l'utilité publique, notamment, à l'usage direct du public ou aux besoins d'un service public. L'affectation, qui ne se confond pas à l'usage [379], consiste dans la destination de l'ouvrage. Elle constitue le critère central de définition d'un ouvrage public. Dans un arrêt du 27 mars 2015, le Conseil d'État rappelle l'autonomie de la notion d'ouvrage public par rapport au domaine public en neutralisant les conséquences juridiques de l'implantation du bien sur le domaine public sur la qualification d'ouvrage public. Cette dernière procède exclusivement de la complétude de ses éléments de définition. En l'espèce, la Haute juridiction rappelle qu'un bien immobilier, bien qu'implanté sur le domaine public, ne peut pas être qualifié d'ouvrage public tant qu'il n'est pas affecté à une activité publique [380].

Également, la qualification des biens des personnes privées aménagés et affectés à l'utilité publique pose la problématique de l'importance du critère organique dans l'identification de l'ouvrage public. Il est admis depuis le célèbre arrêt *Effimieff* [381] qu'une personne publique peut faire réaliser par ses agents des ouvrages pour le compte d'une personne privée sans pour autant que l'ouvrage perde son caractère public. Cette extension de la définition classique permit aux ouvrages destinés aux personnes privées de bénéficier du régime exorbitant de droit commun des travaux publics dès lors que l'ouvrage est affecté à un service public géré par cette personne privée [382].

---

378 CAA Bordeaux, 26 juin 2014, *Ministre de l'Alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ M. Milloco*, req. n° 13BX02141, *AJDA* 2014. 1887, concl. NORMAND ; *RDI* 2014. p. 646, obs. DE GAUDEMAR ; Voir également : CE, 19 octobre 1979, Société « *Difamelec au roy de la télévision* », Rec. Leb. T. p. 909. En revanche en deçà d'un certain seuil, la qualité d'ouvrage public est refusée. Voir en ce sens : CAA Bordeaux, 1er avril 2008, *Gérard Thiault et a.* : *AJDA* 2008, p. 1438, note VIÉ ; *Dr. adm*. 2008, comm. 88, note EXPOSTA.

379 M. GUYOMAR, « Ouvrage public et service public de l'électricité », *RFDA*, 1 mai 2010, vol. 3, p. 551-556.

380 CE, 27 mars 2015, *Société Titaua limited compagny*, n° 361673 ; voir également : J.-M PASTOR, « Une nouvelle illustration de l'autonomie de la notion d'ouvrage public », *Dalloz actualité*, 07 avril 2015.

381 T. confl., 28 mars 1955, *Association Syndicale de reconstruction de Toulon* c/ *Effimieff* : Rec., p. 617 ; *Rev. adm*. 1955, p. 285, note LIET-VEAUX ; *JCP* G 1955, II, 8786, note BLAEVOET ; *AJDA* 1955, p. 332, note J.A.

382 CE 26 février 2016, *Société Jenapy 01*, req. n° 389258, Rec., Leb. ; *AJDA* 2016. p. 410, obs. POUPEAU ; Voir également : CE 30 novembre 1979, *Ville de Joeuf*, req. n° 02651, Rec., Leb. T. p. 909 ; CAA Bordeaux, 23 avril 2013, *Communauté de communes de Guéret Saint-Vaury*, req. n° 11BX03167, *AJDA* 2013. 2153, chron. DE LA TAILLE ; CAA Bordeaux, 26 juin 2014, *Ministre de l'Alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ M. Milloco*, préc.

… / …

Cette problématique concerne aussi les entreprises publiques privatisées. S'il est acquis que leurs travaux ne peuvent acquérir le label de travaux publics du fait de la perte du statut de personnes publiques et du principe de la séparation juridique entre activités de production ou de fourniture et activités de gestion des réseaux, la qualification d'ouvrages publics de leurs biens n'a, quant à elle, été soumise à un principe jurisprudentiel général qu'en 2010. Selon la jurisprudence, en dehors d'une qualification textuelle, les ouvrages dont la production est entièrement destinée de façon permanente aux réseaux de transport ou de distribution d'électricité sont affectés au service public de la sécurité de l'approvisionnement et par suite, alors même qu'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution d'un service public, ont le caractère d'ouvrage public [383]. Cette position jurisprudentielle renforce l'indifférence du critère organique dans la qualification d'ouvrage public.

B. Le service public, un révélateur de contrat de concession

La doctrine partage le constat qu'il est à peu près impossible de définir la notion de service public (1). Pour autant, la notion de service public garde ses influences dans la révélation du contrat de concession (2).

1. Le service public, une notion sibylline

Le service public fait inéluctablement partie de ces notions dont on perçoit plus l'idéologie qu'on ne peut l'expliquer. D'un individu à l'autre, d'une période à l'autre, peuvent être rangées sous un même vocable de service public des conceptions bien différentes [384]. En effet, la notion est, selon l'expression forgée par J. Chevallier, « *saturée de significations multiples qui se superposent s'entrecroisent, renvoient les uns aux autres, et entre lesquelles le glissement est constant* ». Malgré les difficultés à l'appréhender, elle reste « *l'une des images fondatrices, polarisant les croyances et condensant les affects, sur lesquelles prend appui l'identité collective* » [385]. Sa dimension

383 CE, Ass., avis, 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, Rec., Leb. p. 126, concl. GUYOMAR ; *RFDA* 2010 p. 557, concl. GUYOMAR, note MELLERAY ; *AJDA* 2010 p. 1642, chron. LIÉBER et BOTTEGHI

384 R. KOSELLECK, « Histoire des concepts et histoire sociale », Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques. Paris, Éditions de l'EHESS, 1990 : « *le contenu a si fondamentalement évolué au cours du temps que malgré l'identité du terme même, les significations sont à peine comparables et ne sont récupérables que sur un plan historique* ».

385 J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, France, P.U.F, 2012, p. 4.

… / …

mythique [386], réfractaire à toute réductibilité conceptuelle, a permis d'ériger le service public au panthéon des théories les plus célèbres du droit public [387]. En effet, elle tire sa force de sa double dimension idéologique et juridique [388]. Cette dichotomie conceptuelle du service public à laquelle il faut ajouter son caractère naturellement clair-obscur l'investit, paradoxalement, d'un pouvoir explicatif certain, malgré les difficultés doctrinales et jurisprudentielles pour lui conférer une définition globalisante [389]. Sa vitalité a été telle qu'il a été « *mis en œuvre aux lieu et place des critères d'application du droit administratif* » [390]. Il a d'ailleurs été originellement considéré que la nature administrative d'un contrat résultait exclusivement de son objet. Il était fréquemment affirmé par les commissaires du gouvernement [391] que « *tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits* (y compris à travers le procédé contractuel) *constitue une opération administrative qui est, par nature, du domaine de la juridiction administrative* ». Le service public était entendu comme un critère de compétence de la juridiction administrative. Cette vision « maximaliste » [392] du contrat administratif a permis au service public d'être un révélateur de l'« administrativité » des contrats. On en veut, par exemple, pour preuve la jurisprudence issue des arrêts *Terrier* [393] et *Thérond* [394] qui permet de qualifier des contrats d'administratifs en fonction du caractère de service public de l'objet du contrat. L'influence du service public sur la qualification du contrat administratif est si forte que

---

386 G. LIET-VEAUX, « La théorie du service public, crise ou mythe ? », *La Revue administrative*, mai 1961, vol. 14, n° 81, p. 256-264.

387 M. HASTINGS, dans *Les constellations imaginaires du service public*, L'Harmattan, 1999.

388 Le service public est conçu, disait J. CHEVALLIER, comme « *le principe qui commande la légitimité étatique et comme la clef qui donne accès au régime de droit public* » J. CHEVALLIER, *Le service public*, *op. cit.*, p. 16.

389 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, France, Montchréstien, 2008, tome 1, paragr. 748 : « *Les meilleurs esprits se rejoignent pour professer que la notion de service public est indéfinissable* ».

390 G. LIET-VEAUX, « La théorie du service public, crise ou mythe ? », art cit.

391 On peut notamment retrouver la régularité de ces propos dans les conclusions des commissaires du gouvernement ROMIEU, TESSIER et PICHAT.

392 A. ONDOUA, « Notion de contrat administratif », art cit, p. 77.

393 CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec., p. 94, concl. ROMIEU ; S. 1903, III, 25, note HAURIOU, *GAJA*, n° 11. ROMIEU : « *Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative* ».

394 CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. CE 1910, p. 193, concl. PICHAT; DP 1912, 3, p. 57, concl. PICHAT; RD publ. 1910, p. 249, note G. JÈZE, S. 1911, 3, p. 17, note M. HAURIOU : « *Considérant qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur X..., la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public* ».

… / …

l'on a, un temps, considéré le premier comme la principale raison d'être du second [395]. Le contrat de concession de service public illustre parfaitement cet état d'esprit. On se servant de la notion du service public et de la concession pour ériger la notion de contrat administratif, le juge administratif a contribué à ériger le mythe de leur indissociabilité en droit français.

L'influence du service public dans la qualification juridique du contrat s'observe principalement par le prisme de la soumission du contrat dont il est l'objet à un régime exorbitant de droit commun. L'intérêt général qu'il sous-entend est conçu comme le champ monopolistique de la personne publique. Conformément à cette idée, le service public est un moyen, une structure au travers duquel la personne publique satisfait un intérêt général [396].

Il est vrai que cette hégémonie du service public en tant que critère fort de l'identification du contrat administratif, tout en ayant toujours une place importante dans la jurisprudence du Conseil d'État [397], a été fragilisée à partir de 1912 avec le refus de ce dernier de se fonder exclusivement sur l'objet des contrats passés par l'administration, mais seulement sur leurs clauses pour leur reconnaître le caractère administratif [398].

Le critère du service public a connu une expansion sans précédent et sans commune mesure avec celle qui a marqué sa consécration au début du XX^{e} siècle. Son impact idéologique ne peut, certes pas être minoré durant cette période de construction de la théorie de l'État. Cependant, le développement de son champ d'application matériel qui se peaufinait déjà en 1955 avec l'arrêt *Effimieff* [399] présageait de la dimension nouvelle qui lui sera conférée au sein du droit public. Le renouveau du service public dans la découverte de l' « administrativité » des contrats a véritablement été consacré par un

---

395 Pour R. CHAPUS, le service public est la raison d'être de l'administration : elle ne dispose des prérogatives de puissance publique que pour assurer au mieux le service de l'intérêt général. R. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 742.

396 On peut citer MARGAIRAZ à l'appui de ce constat qui affirme que : « *le service tire son caractère public de ce qu'il remplit une fonction d'intérêt général, par opposition aux intérêts particuliers* ». D. MARGAIRAZ, « L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1 septembre 2005, n° 52-3, n° 3, p. 10-32.

397 À titre d'exemple : CE, 5 novembre 1926, *Delpin et autres* ; CE, 7 janvier 1927, *Triller* : S. 1927, 3, p. 22.

398 CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges* : Rec., p. 909 ; *DP* 1916, 3, p. 35 ; S. 1917, 3, p. 15.

399 T. confl., 28 mars 1955, *Association Syndicale de reconstruction de Toulon* c/ *Effimieff* : Rec., p. 617 ; *Rev. adm.* 1955, p. 285, note LIET-VEAUX ; *JCP G* 1955, II, 8786, note BLAEVOET ; *AJDA* 1955, p. 332, note J.A.

… / …

courant jurisprudentiel dont la tête de proue est le couple *Époux Bertin* [400] et *Consorts Grimouard* [401]. Pour J.-F. Lachaume, ces arrêts, loin de se limiter aux contrats administratifs, consacrent « *une revalorisation spectaculaire de la notion de service public comme élément fondamental de l'identification des notions clefs du droit administratif* » [402]. En effet, le critère du service public n'est pas nouveau comme on a pu s'en rendre compte avec l'arrêt *Thérond*. Toutefois, la concurrence avec le critère de la clause exorbitante de droit commun a semblé reléguer le critère du service public à un rang subsidiaire. Son utilisation par la jurisprudence fut discrète. L'esprit même de l'arrêt *Époux Bertin* épousait la conception originelle du critère du service public développée par la jurisprudence du Conseil d'État du début du XX^{e} siècle. On rejoindra le professeur François Brenet [403] et les auteurs du G.A.J.A. [404] pour affirmer qu'entre ces deux arrêts, le cordon ombilical n'a jamais été coupé.

2. Une influence aux manifestations diverses

La remise de l'objet au centre de la problématique de la qualification juridique du contrat s'est accompagnée d'un remodelage de la notion de service public afin qu'elle puisse s'adapter aux différents schémas. De ce fait, le lien avec le service public renvoie désormais classiquement à trois possibilités. La première possibilité ressort de l'arrêt *Époux Bertin* qui consacre l' « administrativité » des contrats dont l'objet est de « *confier l'exécution même d'une mission de service public* » au cocontractant de l'administration. En second lieu, la « *revitalisation de la notion de service public* » [405], introduite par l'arrêt *Consorts Grimouard* reconnaît le caractère administratif des contrats qui constituent une

---

400 CE, sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin* : Rec., p. 167 ; *AJDA* 1956, 2, p. 221, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT, p. 272, concl. M. LONG ; D. 1956, jurispr. p. 433, note A. de LAUBADÈRE ; *Rev. adm.* 1956, p. 496, note G. LIET-VEAUX ; *RD publ.* 1956, p. 869, concl. M. LONG, note M. WALINE.

401 CE, sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard* : Rec., p. 168 ; *AJDA* 1956, II, p. 187, concl. M. LONG ; p. 221, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; D. 1956, jurispr. p. 429, concl. M. LONG, note M. WALINE.

402 J.-F. LACHAUME et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 551. On peut notamment citer : R. LATOURNERIE, « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public », *E.D.C.E.*, 1960, p. 61 ; A. De LAUBADÈRE, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », *A.J.D.A*., 1961, p. 591 ; B. PLESSIX, L'éternelle jouvence du service public, *JCP* Adm., 2005. 1350.

403 F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClasseur Administratif*, juin 2010, paragr. 59 : « *Rétrospectivement, la parenté entre les deux affaires semble d'autant plus facile à reconnaître que le juge n'a jamais manqué, durant la période s'écoulant entre ces deux arrêts, à qualifier des contrats similaires de "contrats administratifs par nature*" ».

404 M. LONG et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, France, Dalloz, 2015, p. 475.

405 *Ibid.*, p. 478, paragr. 8.

… / …

« *modalité de l'exécution du service public* ». Elle révèle la force attractive du service public puisque dans cette affaire les opérations de reboisement constituant l'une des « *modalités de l'exécution* » même « *du service public* », il s'ensuit à ce titre que ces opérations, phagocytées par l'effet attractif du service public « *ont le caractère de travaux publics et que, quelle que puisse être la nature des stipulations incluses dans les contrats, ceux-ci tiennent de leur objet même le caractère de contrats administratifs* » [406]. Enfin, on peut citer les contrats qui font directement participer le cocontractant au service public officiellement dégagé, selon la présentation classique, par les célèbres arrêts *Affortit*, *Vingtain* [407] et l'arrêt *Société française des transports Gondrand frères* [408]. Il ressort de ces arrêts que l'ensemble des contrats entraînant la coopération ou la collaboration d'un tiers au fonctionnement du service public dont la personne publique cocontractante conserve l'entière maîtrise sont administratifs [409]. Ainsi, les contrats de transport de troupes [410], d'achat de matériels de dépollution [411] ou d'animation culturelle et touristique [412] sont des contrats administratifs parce qu'ils permettent au cocontractant de l'administration de fournir les moyens nécessaires au bon accomplissement du service.

À ces trois hypothèses, peut s'ajouter celle de l'association au service public. Malgré l'imprécision qui l'entoure et qui peut conduire à ne pas la considérer comme l'une des formes du critère de l'objet, la notion d'association au service public continue de trouver un certain écho auprès des juges [413]. Pourtant, son utilisation par ceux-ci ne semble pas toujours répondre à une construction homogène. Il arrive bien souvent qu'elle désigne dans la jurisprudence « *tantôt la participation à l'exécution du service public, tantôt le contrat-modalité d'exécution du service public, tantôt la soumission à un régime*

---

406 CE, sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard.*

407 CE, sect., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain* : Rec., p. 342, concl. J. CHARDEAU ; *AJDA* 1954, II, bis, p. 6, chron. F. GAZIER et M. LONG.

408 CE, sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères* : Rec., p. 202 ; *AJDA* 1956, II, p. 247, concl. M. LONG ; D. 1956, jurispr. p. 433, note A. de LAUBADÈRE ; *Rev. adm.* 1956, p. 495, note G. LIET-VEAUX ; RD publ. 1957, p. 101, note M. WALINE.

409 F. BRENET, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClasseur Administratif*, juin 2010, paragr. 69.

410 CE, 5 janvier 1972, *Société Unitchadienne* : Rec. CE 1972, p. 4.

411 CE, 16 décembre 1992, *SA International Décor* : Rec., p. 1101.

412 CAA Marseille, 9 mai 2016, n° 15MA01074, *SARL Cathédrale d'images.*

413 CE, 26 janvier 1951, *SA minière* : Rec., p. 49 ; CE, 4 novembre 1955, n° 93526 et n° 93537, *Société transatlantique aérienne* ; CE, 27 mai 1957, *Artaud* : Rec., p. 350 ; CE, 8 janvier 1965, *Da Fonseca* : Rec., p. 7 ; CE, 13 décembre 1967, *Chantemerle* : Rec., p. 849 ; CE, 16 avril 1969, *SNCF* : Rec., p. 194 ; T. confl., 22 novembre 1993, *Glogowski* ; Rec., p. 676, etc.

… / …

exorbitant »[414]. La relative vacuité de la notion ne semble pas être un frein à son expansion puisque dans une décision en date de 8 décembre 2014, le Tribunal des Conflits a expressément rappelé qu'à côté des trois possibilités traditionnelles auxquelles renvoie le critère du service public, le contrat qui associe le cocontractant à l'exécution du service public est un contrat administratif[415], raffermissant encore l'influence de la notion service public dans la qualification du contrat.

La consubstantialité entre l'activité et la personne publique a fait dire à L. Duguit que l'activité de service public est le critère de soumission au droit administratif. En lieu et place d'une combinaison de critères, l'œuvre de Duguit et de ceux qui s'en sont inspirés propose une hiérarchisation de ces derniers avec comme critère prépondérant celui de l'objet. C'est en vertu de cette conception que G. Jèze écrit que « *le service public est* […] *la pierre angulaire du droit administratif* »[416]. Ce fut d'ailleurs, selon une certaine doctrine, l'approche jurisprudentielle originelle. Dans son célèbre arrêt *Blanco*, les juges du Tribunal des Conflits ne se sont pas limités au critère organique pour admettre la compétence des juridictions administratives pour connaître de la responsabilité des pouvoirs publics, ce fut une combinaison des critères du service public et des moyens mis en œuvre (les agents) à cet effet qui conduisent à la soumission du litige à un régime exorbitant de droit civil.

§ 2. L'ABSENCE DE PRÉDOMINANCE DU CRITÈRE DE L'OBJET DANS LA TYPOLOGIE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

La « taxinomie juridique » dont Philippe Yolka disait qu'elle permet de « *qualifier juridiquement, de faire entrer les contrats dans des familles, de décliner le genre en espèce* »[417] se révèle en matière de concession d'une utilité certaine. D'un côté, le critère de l'objet révèle sa relativité lorsqu'il s'agit de distinguer la *summa divisio* contractuel[418]. En effet, l'objet peut être un critère partagé par la concession et les marchés publics. La directive européenne relative aux contrats de concession confirme cette absence de frontière matérielle (A). De l'autre, l'objet en tant que critère d'individualisation des

---

414 L. RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, mai 2003, vol. 19, p. 973-975.

415 T. confl., 8 décembre 2014, n° 3980, *Chambre nationale des services d'ambulances ; Contrats marchés publ.* 2015, comm. 31, obs. M. UBAUD-BERGERON.

416 G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, France, M. Giard, 1925. p. X.

417 Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 62.

418 F. BRENET, « Les contrats de concession de service hors service public », *in « Le nouveau droit des concessions »,* Éditions du CREAM, 2016, p. 59.

concessions et des conventions d'occupation du domaine public comporte des éléments de confusion (B).

A. La relativité du critère de l'objet dans la distinction concession/marchés publics

Historiquement associés au contrat de concession, le service public (1), tout comme le travail (2), n'en constituent pourtant pas un champ matériel monopolisé par ce mécanisme contractuel. Les marchés publics concurrencent la concession, de sorte qu'une distinction fondée sur le critère de l'objet n'est plus pertinente.

1. L'inefficacité de la notion de travail public dans la distinction concession/marché public

Des deux composantes du critère matériel [419], celui de l'objet (travail public et service public), présente de fortes capacités de déclinaisons et d'interprétations susceptibles de répondre aux attentes d'une notion contractuelle en quête d'émancipation. En revanche, procéder d'une analyse de l'objet du contrat, c'est-à-dire sa « *prestation caractéristique* » [420], pour déterminer la typologie contractuelle à même de concourir à la parfaite réalisation ce dernier n'est pas un exercice commode.

Premièrement, si le travail public fut particulièrement déterminant dans la *summa divisio* des contrats, sa forte attractivité a paradoxalement amenuisé son rôle de répartiteur de régime juridique au sein des contrats administratifs. En effet, la généralité de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII n'admettait point de distinction entre les contrats. En attribuant compétence au conseil de préfecture pour connaître des « *difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés* » [421], le législateur a souhaité faire du juge administratif, le juge de droit commun de toutes les conventions relatives aux travaux publics. Étaient ainsi soumis au même régime, les marchés de

---

419 Rappelons que la jurisprudence a consacré à côté du critère de la clause exorbitante et celui du service public, celui de la soumission à un régime exorbitant de droit commun : CE, sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. CE 1973, p. 48 ; *CJEG* 1973, p. 239, concl. M. ROUGEVIN-BAVILE, note A. CARRON ; *AJDA* 1973, P. 358, chron. D. LÉGER et M. BOYON ; *JCP* G 1974, II, 17629, note A. PELLET ; Rev. adm. 1973, p. 633, note P. AMSELEK.

420 F. BRENET, « Les contrats administratifs » dans *Traité de droit administratif*, Paris, France, Dalloz, 2011, p. 229.

421 Alinéa 3 de l'article 4, de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) concernant la division du territoire français et de l'administration.

… / …

distribution de gaz [422], de « nettoiement » de ville [423], de refonte de deux vieilles cloches pour en refaire trois neuves [424] dès lors que ces diverses activités impliquaient des travaux à exécuter sur les voies publiques ou sur des édifices publics. Les termes « *entrepreneurs* » et « *marchés* » ne doivent nullement présager du caractère catégoriel de la loi, puisque l'ouvrage de Delvincourt au titre suffisamment évocateur [425] démontrait déjà en 1862 l'application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII aux concessions de travaux publics. Sont aussi qualifiés d'administratifs en raison de leurs liens avec une opération de travaux publics, les contrats d'engagement des architectes chargés de surveiller ou de diriger l'exécution des travaux [426]. De manière générale, le caractère attractif des travaux publics investi les contrats annexes au contrat de travaux publics [427]. Nonobstant la généralité de la notion de travail public [428], elle n'exclut nullement la nécessaire spécialisation des contrats administratifs dont elle est l'objet. C'est ainsi qu'un travail public peut être exécuté par le procédé de la concession de travaux publics [429], du marché d'entreprise de travaux publics [430], de celui du contrat de partenariat [431], du bail emphytéotique administratif [432] ou d'un marché public de travaux [433]. Le critère de l'objet est dès lors impuissant à déterminer, seul, l'outil contractuel utilisé par les pouvoirs publics [434].

---

422 CE, 21 juin 1855 ; CE, 18 février 1858.

423 CE, 28 juin 1855.

424 CE, 13 juin 1860.

425 Ed. DELVINCOURT, *Livre des entrepreneurs et concessionnaires de travaux publics : contentieux administratif en matière de travaux publics*, E. Lacroix, 1862, vol. 3ème éd., p. 4.

426 CE, 15 décembre 1950, *Mathiot* : Rec. CE 1950, p. 812.

427 Voir : CE, 7 novembre 1930, *Meunier* : Rec. CE 1930, p. 914.

428 Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, Paris, France, LGDJ-Lextenso éditions, DL 2013, 2013, p. 55 « *Le travail public est une notion attrape-tout, dont l'effet d'aimantation s'avère singulièrement puissant et supérieur à celui de la notion de service public* ».

429 CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur* c/ *Époux Latanne et Brousse*, Rec. p. 573 ; S. 1921, 3, p. 49, concl. CORNEILLE, note HAURIOU ; RD publ. 1921, p. 366 s., note JÈZE ; DP 1923, 3, p. 26.

430 CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *RDP* 1963, p. 724 ; CE, sect., 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération* (Sima), *AJDA* 1971, 673 ; *RDP* 1972, p. 239, concl. GENTOT.

431 L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

432 Défini à l'article L. 1311 du CGCT.

433 L'article 1er du Code des Marchés Publics.

434 Ph. YOLKA arrive à la même conclusion lorsqu'il affirme que : « *le critère de l'objet ne permet pas de distinguer les contrats portant sur des travaux publics : les marchés publics de travaux et les concessions de travaux publics portent sur le même objet, mais ils ne suivent pas le même régime* ». Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 65.

… / …

2. Les incertitudes d'une distinction concession / marchés publics fondée sur le critère du service public : l'exemple du concept doctrinal des contrats de service public

Le contrat de service public, notion doctrinale développée par H.-G. Hubrecht, se définit comme tout contrat administratif dont l'objet est de confier au cocontractant la gestion d'un service public ou de le faire participer à l'exécution du service public, quel que soit le mode de rémunération. Pourtant, la présentation classique qui est faite de ces « *contrats de service public* » [435] semble se limiter à la seule délégation de service public. Il est vrai que cette catégorie contractuelle réunit un certain nombre de contrats administratifs « *dont l'objet est de confier la gestion d'un service public* » au cocontractant. On peut se poser la question de savoir si le contrat de service public est nécessairement une délégation de service public [436]. La question de la correspondance entre contrat de service public et délégation de service public semble doublement pertinente. En premier lieu, elle permet de se situer sur l'application ou non de deux régimes juridiques spéciaux distincts à deux contrats administratifs ayant la même prestation caractéristique et dont la différence ne résulterait, finalement, que du mode rémunération. En second lieu, elle pourrait justifier, *a posteriori*, la conception européenne des contrats publics qui s'articule autour de deux régimes juridiques presque identiques.

Indéniablement, le champ de qualification des contrats de service public permet d'englober dans sa sphère les contrats de délégation de service public. Cette situation est favorisée par la logique gouvernant le concept même des contrats de service public qui neutralise les particularités du contrat par lequel le service public est géré. Cette notion consacre l'hégémonie de l'objet sur celui du régime contractuel et, c'est en cela qu'elle démontre sa limite puisque, en son sein, cohabite les concessions de service public, les délégations de service public, les marchés de service public ou tout autre instrument contractuel ayant pour objet le service public.

Cette notion illustre également les difficultés d'une identification entre marché public et concession fondée exclusivement sur le service public. La relativité du critère du service public dans la distinction concession et marchés publics s'observe particulièrement lorsqu'une activité de service public est gérée par le titulaire d'un

---

435 H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, thèse dactyl., Bordeaux, France, 1980, 611 p.

436 M. DEGOFFE, « Un contrat de service public est-il nécessairement une délégation de service public ? », *RDI*, 2002, p. 216.

… / …

marché public, sans que ne soient pour autant applicables les règles propres au régime des délégations de service public, alors même « *que ces règles ont été édictées en raison même de ce que l'activité confiée à l'opérateur a le caractère d'une activité de service public* » [437].

En définitive, on peut voir que le contrat de concession ne détient pas l'exclusivité de la gestion du service public ou de la réalisation des travaux publics.

Toutefois, il existe des cas dans lesquels le critère de l'objet peut constituer un élément efficace de la détermination de la nature du contrat.

B. L'efficacité relative du critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale

Contrat de concession et occupation du domaine public forment, à n'en pas douter, l'un des couples les plus solides du droit des contrats administratifs. L'un va d'ailleurs rarement sans l'autre, le premier entraînant tout naturellement la seconde à sa suite [438]. Mais ce couple constitue également l'un des domaines du droit des contrats administratifs dans lesquels l'amphibologie de la concession conduit à beaucoup plus de vigilance[439]. Le critère de l'objet, sans être suffisant (2) peut contribuer à la résolution de cette confusion (1).

1. La pertinence du critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale "sèche"

L'objet contractuel reste, lorsqu'il s'agit de distinguer entre la concession de service public et la concession domaniale dite « ordinaire », un critère pertinent.

La netteté de la distinction entre concession de service public et concession domaniale "sèche" résulte de la lecture combinée de la jurisprudence et de la doctrine qui considèrent généralement que ces deux contrats administratifs ont des objets suffisamment « *distincts et insusceptibles de se recouvrir, à la différence d'un marché public qui peut avoir pour objet de confier la gestion d'une activité de service public à l'instar d'un contrat de*

---

437 Ch. CANTIÉ, « Concession de service public. – Opportunité et implications du recours au contrat global », art cit, p. 9.

438 F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Concession et occupation du domaine public », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2017, vol. 3, p. 1-2.

439 Voir notamment la partie introductive de cette thèse : § 2, A : *La polysémie du terme concession en droit des contrats administratifs*.

… / …

délégation de service public » [440]. En cela, il participe de la définition de la concession domaniale par rapport aux autres contrats de type concessif. Son rôle ne se limite plus seulement à l'identification de la nature juridique du contrat, mais aussi à la détermination au-delà de cette question, du régime juridique applicable. Il n'est pas contesté, en appui du décret-loi du 17 juin 1938, repris à l'article L 2331-1 du CGPPP, que le caractère administratif des contrats comportant occupation du domaine public tient de leur objet même et que la juridiction administrative est compétente pour résoudre « *les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelles que soient leur forme et leur dénomination* » [441]. L'état du droit qui découle du décret-loi du 17 juin 1938 permet d'identifier trois critères gouvernant les contrats portant occupation du domaine public dont celui du critère financier qu'il nous appartiendra de développer dans un chapitre dédié.

Premièrement, l'occupation contractuelle du domaine public implique que le contrat ait été passé par une personne publique ou par l'un de ses concessionnaires. Une interprétation stricte du décret-loi du 17 juin 1938 avait conduit à restreindre la portée du terme concessionnaire aux seuls concessionnaires de service public [442]. Ainsi, la convention conclue entre deux personnes de droit privé relèvera de la compétence judiciaire quand bien même la convention comporte occupation du domaine public [443]. Cette position jurisprudentielle, tout en restant dans le sillage du service public[444], a été élargie aux mandataires du concessionnaire de service public [445] comme de la personne publique concédante, ou qu'il agit pour le compte de cette dernière [446]. Cette politique jurisprudentielle du Tribunal des Conflits relative au critère organique des contrats

---

440 M. DOUENCE, « Notion de convention de délégation de service public », *Répertoire de droit immobilier*, 2012, paragr. 107.

441 Article L 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

442 T. confl., 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France* : S. 1956, p. 156, concl. CHARDEAU ; *RD publ*. 1957, p. 522, note WALINE : CJEG, p. 41, note RENAUD.

443 T. confl., 12 décembre 2005, n° 3458, *Association Karting Semurois* c/ *SEM Auxois Bourgogne et société DAG* ; Rec. CE 2005, p. 668 ; T. confl., 15 mars 1999, *M. Schmitt* c/ *Association Lorraine d'exploitation et de modélisme ferroviaire*, n° 3080.

444 Le glissement du concessionnaire de service public au délégataire de service public a été opéré par l'arrêt sur T. confl., 14 mai 2012, *Madame Gilles contre Société d'Exploitation Sport Évènements et Ville de Paris*, req. n° 3836, préc.

445 CE, 8 janvier 1960, *Lafon*, Rec. 1960, p. 15 ; *AJDA*, 1960, II, p. 183, note J. GARDIES ; CE, 6 janvier 1967, *Époux Berthot* : Rec. 1967, p. 2 ; *AJDA* 1967, p. 417, obs.J.D.

446 T. confl., 16 octobre 2006, *EURL Pharmacie de la gare Saint-Charles*, n° 3514, Rec. 2006, p. 639 ; *BJCP* 2006, p. 453, concl. J.-H. STAHL ; CM publ. 2006, comm. 320, note W. ZIMMER ; RJEP 2007, p. 122, concl. J.-H. STAHL.

… / …

domaniaux a été considérée comme « *dommageable à la clarté de l'état du droit et à sa simplicité* » [447]. On ne peut que rejoindre l'auteur si l'on considère que l'esprit du décret-loi du 17 juin 1938 était de créer un véritable bloc de compétence homogène au profit du juge administratif, à l'instar de ce que propose la loi du 28 pluviôse an VII en matière de travaux publics. Ce raisonnement a d'ailleurs été appliqué par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 mars 2001 *SAS White* c/ *Mme Vinceneux* dans lequel un contrat de sous-occupation fut qualifié de contrat administratif du seul fait de son objet, sans préjudice de la qualité de l'occupant de premier rang [448].

Deuxièmement, l'occupation contractuelle doit consister en une utilisation privative du domaine public. Cette formulation nous permettra d'aborder la notion d'utilisation privative d'une part et celle de la consistance du domaine public d'autre part qui, combinées, autorise une conceptualisation de la notion de concession domaniale au sein de la famille des contrats portant occupation du domaine public.

Il faut rappeler, s'agissant de l'utilisation privative, qu'elle peut se faire de plusieurs manières. En tout état de cause, elle produit le même effet : soustraire du domaine public ou tout au moins de certaines de ses dépendances à une utilisation collective. Dans cette perspective, S. Manson rappelle que « *les auteurs s'accordent à considérer que l'activité du cocontractant occupant n'est exercée que dans le strict intérêt de celui-ci ; qu'elle est donc d'une nature exclusivement privée et commerciale* » [449]. Inversement à la concession de service public, la concession domaniale consiste « *exclusivement en l'octroi d'une emprise en vue d'une occupation du domaine public* » [450]. Son objet n'est pas de confier au cocontractant occupant l'exercice d'une activité ni de lui commander un bien ou un service. Au contraire, « *elle n'a d'autre raison que de satisfaire les intérêts pécuniaires privés du cocontractant occupant* » [451] et le juge administratif invoque régulièrement l'existence d'un intérêt propre de l'occupant pour refuser une requalification en délégation de service public.

---

447 S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RD publ*, 1 janvier 2009, vol. 1, p. 19-49.

448 Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2001, *SAS White* c/ *Mme Vinceneux*, n° 98-23-120. Par ailleurs, la juridiction civile refuse régulièrement d'appliquer la législation sur les baux aux conventions de droit privé en raison de l'appartenance de leur objet au domaine public : Civ. 28 janvier 2009, *Société du Moulin-Bateau*, n° 07-19750. Voir aussi Civ. 3e, 20 décembre 2000, *Société Quimper Plaisance*, n° 99-10.896, D. 2001. 480, obs. Y. ROUQUET ; 3520, obs. L. ROZÈS.

449 S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public », art cit.

450 *Ibid.*

451 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, France, Montchrestien, DL 2005, 2001, vol. 2, p. 494.

… / …

2. Les perturbations induites par le critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale

Le désordre qui régna au début du siècle dernier entre la concession de travaux publics et celle de service public n'a pas manqué de se propager aux confins de la domanialité. Dans ses notes sous l'arrêt du Conseil d'État, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon* c/ *Ville d'Angoulême* [452], Hauriou se posait déjà la question de savoir quel était l'objet principal de la concession de chemins de fer. En effet, ce type d'opération induisait trois objets contractuels pouvant être soumis à trois régimes juridiques différents. Par exemple, pour mettre en exergue la différence entre concessions de travaux publics et « *concessions ou permissions d'occupation temporaire du domaine* », Aucoc proposait le mode de rémunération comme critère principal de différenciation [453]. Selon Hauriou, si l'argument reposant sur le mode de rémunération qui n'est pas exclusif à la concession de travaux publics est bien fondé à distinguer les deux contrats administratifs, il reste « *purement extérieur et n'allait pas au fond des choses* » ; puis d'ajouter que qualifier la concession de chemins de fer de concession de travaux publics fait partie de ces « *habitudes de langage et des habitudes d'esprit qui n'aident point à débrouiller l'écheveau* » [454]. L'objet d'une telle opération contractuelle n'est pas, selon lui, le travail public mais l'organisation et l'exécution régulière, pendant une certaine durée, d'un service public de transports. Dans ce cas précis, les concessions de travaux publics sont « *un aspect accessoire* » qui n'intéresse que la compétence. Cette dernière position de Hauriou peut être critiquée si l'on l'analyse à la lumière de la loi du 28 pluviôse an VIII. Cette loi ne se limite pas à une question de compétence puisqu'au-delà de celle-ci, elle commande implicitement de la part du juge du fond l'application de règles jurisprudentielles spécifiques au régime des travaux publics qui ne concordent pas avec celles du service public. Reste que cet amalgame entre concession de travaux publics et concession de service public n'a que peu d'incidence sur la problématique découlant de la combinaison

---

452 CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon* c/ *Ville d'Angoulême*, S. 1904.3.81.

453 L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, *op. cit.* n. 707, p. 427 : « *On peut dire que le trait caractéristique de ce contrat, c'est que l'entrepreneur qui s'engage à exécuter un travail destiné au public, au lieu d'être payé directement par l'Administration, obtient le droit d'exploiter le travail à son profit en percevant, pendant un temps plus ou moins long, un péage, un prix de transport, une indemnité de plus-value pour se rémunérer de son industrie et de ses dépenses* ».

454 M. HAURIOU, « Sur la nature juridique de l'opération de concession », Note sous Conseil d'État, 14 février 1902, Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême, S. 1904.3.81.

… / …

de l'un ou de l'autre avec l'occupation contractuelle du domaine public. À ce titre, deux difficultés tendant à brouiller la pertinence du critère de l'objet peuvent survenir.

La première concerne la question du domaine public en tant que support d'une activité de service public ou de travaux publics. En effet, bien de contrats font du domaine public le siège et le moyen d'action d'une activité d'intérêt général [455], voire d'un service public. Si la première hypothèse ne suscite pas de difficultés insurmontables [456], la deuxième hypothèse, parce qu'elle met en concurrence deux contrats administratifs, mobilise fréquemment l'attention du juge et de la doctrine. Ce phénomène de « *superposition de qualifications contractuelles* » [457] n'est pas récent [458]. Cependant, c'est avec la consécration de la délégation de service public par la loi Sapin qu'il a pris une nouvelle dimension. L'identification de ces *contrats à double visage* [459] nécessite que soit d'abord déterminée dans chaque cas la présence ou non d'activité de service public. Or, le service public étant intrinsèquement évolutif, et d'une appréciation variable selon les circonstances de temps et de lieu, la détection d'une telle présence est donc susceptible de poser de réels problèmes. C'est ainsi que la convention d'occupation domaniale conclue en vue de l'exploitation d'un système d'oléoducs à des fins commerciales n'est pas une délégation de service public : même si l'acte confie à la société privée des obligations d'intérêt général, liées aux nécessités de la défense nationale, il n'a pas pour autant ni pour objet ni pour effet de déléguer l'exploitation du service public des transports de produits pétroliers [460]. De même, à propos d'une concession d'un café-restaurant, le Conseil d'État a jugé que la convention domaniale par laquelle la ville de Paris a confié à une société privée l'exploitation du restaurant *L'Orée du Bois* dans le Bois de Boulogne n'est pas une délégation de service public, faute pour l'activité du

---

455 CE, 13 juin 1997, n° 167907, *Société de transports pétroliers par pipeline* ; Rec., 1997, p. 230 ; *AJDA* 1997, p. 794, concl. C. BERGEAL.

456 On prendra l'exemple de la concession d'endigage, contrat par lequel l'État autorise l'assèchement par le cocontractant d'une partie du domaine maritime en vue de réaliser des ouvrages dont la destination peut être à la fois d'intérêt privé (marinas) et d'intérêt général (parking, défense contre la mer etc..).

457 B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif » dans *Contrats et Propriétés publics*, Paris, *Litec*, coll. *« Colloques et débats* », t. 36, 2011, pp. 29-41.

458 TOUTAIN, « Des autorisations et des contrats portant concession d'éclairage », *Rev. gén. d'admin.*, 1882, p. 261 et suiv. ; PILON, *Des monopoles communaux*, Caen, 1898 ; REGRAY, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Paris, 1900 ; N. GUILLOUARD, *Notion juridique des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution*, Paris, 1903.

459 Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 69.

460 CE, 13 juin 1997, n° 167907, *Société de transports pétroliers par pipeline* ; préc.

… / …

restaurant, en l'absence d'intérêt général, d'avoir la nature d'un service public [461]. Toutefois, la juridiction de premier ressort avait considéré que dans la mesure où la réputation et le rayonnement ainsi que la fréquentation par des usagers tant étrangers que nationaux concourent à l'image, au développement et à l'attrait touristique de la capitale, il s'agissait d'une convention de délégation de service public, soumise aux procédures de la loi du 29 janvier 1993 [462]. De même, une convention envisagée par une CCI devant permettre au cocontractant d'aménager et d'exploiter la boutique hors taxe d'un aéroport ne saurait être regardée comme une délégation de service public. Même assortie de prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale, la convention demeure une convention d'occupation domaniale car elle n'a pas pour objet de confier au cocontractant la gestion d'un service public, mais seulement la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service [463]. Toujours dans la même perspective, le Conseil d'État a rappelé en ce qui concerne les concessions de plage que même si les activités des plagistes « *contribuent à l'accueil de touristes et concourent ainsi au rayonnement et au développement touristique de la commune* », elles ne constituent pas pour autant une délégation de service public, car ces concessions n'autorisent seulement que l'exercice d'activités commerciales sur le domaine public prioritairement dans l'intérêt personnel des occupants [464].

Dans bien des hypothèses, l'occupation du domaine public est une condition d'exécution d'une délégation de service public [465]. C'est particulièrement vrai s'agissant des services publics dont l'objet est la gestion d'un réseau qui emprunte le domaine public [466]. Soit, le contrat comporte dans cette circonstance l'autorisation unilatérale ou contractuelle d'occupation du domaine public, soit c'est la loi qui prévoit l'utilisation au

---

461 CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris* c/ *Société Stella Maillot-Orée du Bois* : *AJDA* 1999. 439, note R. RAUNET et O. ROUSSET ; *Dr. adm*., 1999, n° 127 ; *Rev. Trésor* 1999. 651, concl. BERGEAL.

462 TA Paris 28 février 1997, *Société Stella Maillot-Orée du Boi*s : *Dr. adm*. 1997, n° 158.

463 CE, 19 janvier 2011, n° 341669, *CCI Pointe-à-Pitre*.

464 TA Poitiers, 2 mai 2002, *Préfet Charente-Maritim*e c/ *Commune de Royan* : *Dr. adm*. 2002, comm. 175, note R. HOSTIOU ; *Contrats marchés publ*. 2002, comm. 202, note J.-L. TIXIER et F. TENAILLEAU. Voir aussi : CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management* ; n° 284802, *Contrats marchés publ*. 2006, comm. 151, note G. ECKERT.

465 B. PLESSIX, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », art cit.

466 Le service public de télécommunications, de service public de distribution d'eau, de gaz, de transport d'électricité...

… / …

profit du délégataire du service public l'utilisation du domaine public [467]. Plus ardues sont les hypothèses dans lesquelles il est difficile de déterminer la qualification concurrente de délégation de service public, celle-ci étant éclipsée au profit d'une autre catégorie contractuelle. Face à ces contrats administratifs à double visage inversé, il appartient au juge administratif, saisi d'un contentieux relatif à la passation ou à l'exécution, dans la mesure où il n'est jamais tenu par les qualifications adoptées par les parties à un contrat [468], de déduire de son travail de requalification le véritable régime juridique du contrat. C'est l'exemple de la concession d'outillage public [469] qui a à la fois pour objet d'autoriser l'occupation du port et de confier la gestion du service public industriel et commercial [470] que constitue l'exploitation de l'outillage public [471] ou encore qui peut être qualifié de concession de services au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016 [472]. Plus illustratif est le cas des concessions de plages qui, malgré leur lien fort avec le domaine public [473], furent très tôt qualifiées par le Conseil d'État de « *service public des bains de mer* » [474]. La juridiction administrative a réitéré cette position dans son arrêt du 21 juin 2000 *Chez Joseph* en qualifiant un sous-traité d'exploitation entre une commune et un plagiste de délégation de service public dès lors que, notamment, leurs titulaires sont soumis à des obligations spécifiques concernant la sécurité et la salubrité publiques [475].

---

467 On citera comme exemple l'article 50 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.* » Voir aussi l'article L. 323-1 du Code de l'énergie « *La concession de transport ou de distribution d'électricité confère au concessionnaire le droit d'exécuter sur les voies publiques et leurs dépendances tous travaux nécessaires à l'établissement et à l'entretien des ouvrages...* ».

468 O. ROUSSET, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA* 2002, p. 1059 ; J. DUFAU, « Les conventions d'occupation domaniale constitutives d'une délégation de service public », *JCP Admin*, 2004, p. 1482.

469 L'origine de la concession d'outillage peut être située en 1886 où le terme apparut dans un cahier des charges type du 19 janvier 1886.

470 T. confl., 18 octobre 1999, *Préfet de Corse*, n° 3169.

471 CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, req. n° 217639 : Rec., p. 1089, *Contrats marchés publ*. 2001, n° 74, obs. F. LLORENS ; *Droit adm*., 2001, n° 161, note L. BORDEREAUX.

472 CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine* (SMPA) *et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157.

473 CE, Sect., 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, Rec., p. 325.

474 CE, Sect., du 18 décembre 1936, *Prade*, Rec. 1124 ; D. 1938.370, note P.L.J. ; S. 1938.3.57, note ALIBERT. Voir aussi CAA Nancy, 6 avril 2006, n° 01NC00887, *EURL Saut du Doubs*.

475 CE 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph* : Rec., p. 282 ; D. 2001. 733, note L. BORDEREAUX ; *CJEG* 2000, 374, concl. C. BERGEAL ; *Droit adm*., 2000, n° 248 ; *RFDA* 2000, 797, concl. C. BERGEAL.

… / …

Cette même logique s'applique aux sous-concessions d'autoroute selon la qualité du cocontractant comme l'a indiqué le Conseil d'État dans un avis du 16 mai 2002 [476].

La seconde question, relative à la détermination du régime juridique de la passation et de l'exécution applicable, permet de mettre en lumière les incertitudes auxquelles peuvent être soumises ces montages contractuels complexes. À ce niveau, l'enjeu est de taille. La mixité des objets dans ce type de contrats administratifs permet de le « *rattacher à plusieurs catégories, dont les caractéristiques s'avèrent incompatibles* » [477]. L'affaire du stade *Jean Bouin* [478] illustre les ambiguïtés liées à la détermination du régime juridique de pareils montages complexes. Cette affaire portait sur la signature entre le maire de Paris et l'association Paris Jean Bouin d'une convention autorisant cette association à occuper, pour vingt ans, des dépendances domaniales municipales et notamment le stade Jean Bouin, signature et convention contestées par la société Paris Tennis qui souhaitait également se porter candidate à l'occupation de ce stade. La société faisait valoir, d'une part, que la convention conclue était en réalité un contrat de délégation de service public nécessitant une procédure de publicité et mise en concurrence, et, d'autre part, à titre subsidiaire, que même pour une convention d'occupation domaniale des règles de publicité et mise en concurrence devaient également être suivies. Le juge administratif devrait répondre à la question de la qualification et du régime juridique de la passation applicable à ce montage concessif complexe. Au fil d'une longue procédure contentieuse, la Cour administrative d'appel de Paris a, dans un arrêt de formation plénière dont la solidité de l'argumentation fut unanimement saluée par la doctrine, confirmé que la concession du 11 août 2004 devait être requalifiée en délégation de service public et qu'il aurait fallu, par suite, mettre en œuvre au préalable la procédure de publicité et de mise en concurrence prévue par la loi Sapin [479]. Le Conseil d'État a censuré cette analyse en considérant, après un examen point par point de l'argumentation de la Cour administrative d'appel de Paris, que bien que les activités soient d'intérêt général, elles ne « *traduisent pas l'organisation, par la ville de Paris, d'un service public ni la*

476 CE, Ass., avis du 16 mai 2002 req. n° 366305, *EDCE* 2003, p. 202.

477 Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 69.

478 CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, *Association Paris Jean Bouin*, *Société Paris Tennis*, req. n° 338272 ; Rec. 2010 ; *AJDA* 2010. 2343 ; *ibid*. 2011. 18, étude S. NICINSKI et E. GLASER ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. DREYFUS ; *Contrats-Marchés publ*., 2011, comm. n° 25, note G. ECKERT ; *Dr. adm*. 2011, comm. n° 17, note F. BRENET et F. MELLERAY ; note S. BRACONNIER et R. NOGUELLOU, *RDI* 2011 p. 162.

479 CAA Paris, plén., 25 mars 2010, *Association Paris Jean Bouin*, req. n° 09PA01920, *AJDA* 2010. p. 774, note LELIEVRE ; *Contrats-Marchés publ*., 2010, n° 189, note ECKERT ; Dr admin. 2010, n° 93, note BRENET.

… / …

dévolution de sa gestion à l'association Paris Jean Bouin ». Notons que la position du Conseil d'État, pour contestable qu'elle soit [480], n'est pas pour autant surprenante puisqu'elle s'inscrit dans une politique jurisprudentielle assumée [481]. Reste que cet arrêt illustre bien la délicate question de la détermination du régime juridique des montages concessifs complexes. Elle fut aussi une tentative subtile d'édification de règles concourant à la détermination de la qualification appropriée à ce type de contrats. Ces « *contrats administratifs à double visage* » [482] supposent une cohabitation entre les lois du service public et les règles de la domanialité publique.

Les mutations de l'objet induit conséquemment une confusion de ses fonctions essentielles dans la concession.

---

480 Cette décision a d'ailleurs été remise en cause par le juge européen qui impose désormais une procédure préalable à la délivrance des titres d'occupation du domaine public ; voir : CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14, *Promoimpresa Srl, Mario Melis c/ Consorzio dei comuni della sponda bresciana del lago di Garda e del lago di Idro c/ Regione Lombardia c/ Comune di loiri porto San Paolo c/ Provincia di Olbia Tempio* : *AJDA* 2016, p. 2176, note R. NOGUELLOU ; *AJDA* 2016, p. 2478, chron. S. NICINSKI ; AJCT 2017, p. 109, obs. O. DIDRICHE ; *CP-ACCP*, n° 169, 2016, p. 70, note Ph. PROOT ; *Contrats-Marchés publ*. 2016, comm. 291 et repère ; *Rev. UE* 2017, p. 231, chron. L. LÉVI et S. RODRIGUES.

481 Le Conseil d'État avait d'ores et déjà refusé la qualification de contrat de délégation de service public : CE, 15 mai 2013, Ville de Paris, req n° 364593 ; CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, n° 284802 *Contrats-Marchés publ*., 2006, comm. 151, note G. ECKERT ; CE 12 mars 1999, *Ville de Paris* c/ *Société Stella Maillot-Orée du Bois* : *AJDA* 1999. 439, note R. RAUNET et O. ROUSSET ; Dr. adm., 1999, n° 127 ; Rev. Trésor 1999. 651, concl. BERGEAL ;

482 Selon l'expression forgée par Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 69.

SECTION II.

L'EFFACEMENT DE LA FONCTION DISCRIMINATOIRE DE L'OBJET DANS L'INDIVIDUALISATION DES CONCESSIONS

Les différentes évolutions du critère de l'objet produisent deux phénomènes sur les rôles que ce critère est susceptible de jouer dans la concession. Dans un premier temps, ces évolutions conduisent à une perte d'influence du critère de l'objet dans le processus de qualification de la concession (§ 1). Dans un second temps, la banalisation du critère de l'objet dans l'identification de la concession suscite un certain des interrogations quant à ses motivations et ses conséquences sur la notion française de la concession (2).

§ 1. LE DÉCLIN DU CRITÈRE DE L'OBJET DANS LA QUALIFICATION DE LA CONCESSION

Le déclin du critère de l'objet dans la qualification de la concession résulte d'abord de la concurrence que subit ce critère en droit interne (A). Celle-ci s'est accompagnée d'une banalisation européenne de l'ensemble du critère matériel dans la qualification du contrat de concession (B).

A. Le constat d'une dévalorisation du critère de l'objet dans les contrats administratifs

Il n'est pas aisé de mettre en exergue, dans un environnement contractuel en permanente mutation, la perte de pertinence du critère de l'objet. Pour la clarté de notre analyse, deux approches, historique (1) et fonctionnelle (2), permettront de mieux appréhender l'évolution de ce critère au sein des contrats administratifs.

1. L'influence historique du critère de l'objet dans les contrats administratifs

L'objet a assuré dans les contrats administratifs une double fonction : D'abord, il s'est précocement imposé comme le critère de détermination de la nature juridique du contrat. Dans sa thèse intitulée « *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique* », Xavier Bezançon identifiait par exemple quatre grandes catégories de contrats administratifs qui naissent et se développent sous l'Ancien Régime : les contrats d'achat de prestation de travaux et de services, les contrats qui confient au cocontractant la mission de prélever des ressources fiscales les contrats de mise en valeur du domaine, les contrats dont l'objet

est la réalisation et l'exploitation d'équipements ou de service publics. Ces quatre procédés contractuels étaient regroupés en fonction de leur objet dans deux catégories qui s'opposent par leur régime contractuel [483]. Cette classification garde de nos jours une certaine pertinence du fait de la persistance de la filiation avec les catégories contractuelles contemporaines [484].

Ensuite, l'objet a constitué un critère d'application du formalisme et d'ajustement du degré de contrainte des procédures de passation des contrats. En fonction de la nature de l'objet du contrat, on a d'une part, des « *procédures contraignantes, sans négociation, d'attribution automatique du contrat à celui qui propose le prix le plus bas ou fait l'offre la plus économiquement avantageuse* » [485]. Celui-ci convient aux contrats de type marché dont l'objet est unique et simple. D'autre part, il existe des procédures moins contraignantes selon la complexité et la longue durée de l'objet du contrat. Ces contrats qui correspondent au mécanisme de la concession offre des possibilités de négociation tenant compte de la personnalité du cocontractant, de l'importance de l'investissement. Cette dualité au sein des contrats a initialement été élaborée autour du critère de l'objet faisant de ce dernier un élément essentiel du contrat administratif à concurrence avec le critère de la qualité juridique du contractant [486]. Pourtant, à y regarder de plus près, il semble permis d'affirmer qu'historiquement, l'objet a toujours été le critère fort de la qualification et de la classification des contrats administratifs. S'il n'est point nécessaire de reprendre ici notre analyse sur la prééminence de l'objet dans la qualification du contrat administratif, il ne nous semble pas inutile de proposer une autre lecture de l'objet à travers le prisme des fondements de la personnalité juridique des personnes publiques.

L'appréciation de l'influence du critère de l'objet dans la qualification des contrats administratifs requiert, dans l'optique d'une possible hiérarchisation des critères, une analyse comparative avec le critère organique. S'il semble constituer un débat aujourd'hui clos, la question sur la fiction de la personnalité juridique de l'État a été, dès la fin du

---

483 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 26 et 193.

484 Hormis l'affermage du recouvrement des deniers publics qui a disparu avec la suppression de la Ferme générale par l'Assemblée constituante de 1790, le contrat d'achat de prestation de travaux et de services, de mise en valeur du domaine et de réalisation et l'exploitation d'équipements ou de service publics correspondent globalement respectivement aux marchés publics, de contrat d'occupation domanial et de délégation de service public.

485 L. MARCUS, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, p. 474.

486 X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, *op. cit.*, p. 240.

… / …

XIX[e] siècle, un terrain fertile à de passionnantes discussions doctrinales. Plusieurs auteurs s'affrontèrent sur l'existence ou non d'une personnalité juridique unique de l'État. D'un côté, Michoud [487], Hauriou [488], Carré de Malberg [489]…, de l'autre, Duguit [490], Scelle [491], Bonnard [492]… Des deux côtés, des arguments ont été présentés. « *D'une part, on faisait la distinction entre l'État puissance publique et l'État personne morale […]. D'autre part, on a émis l'idée que l'État se décompose en autant de personnes distinctes qu'il y a de services publics* » [493]. Indifférent à ce débat doctrinal dans un premier temps [494], le Conseil d'État n'y est pas resté impassible durant longtemps. Les différentes doctrines développées ont, d'ailleurs, trouvé « *écho dans [sa] jurisprudence* » [495]. Cependant, c'est auprès de la doctrine que se révèle la consubstantialité entre la personnalité juridique de l'État et le critère de l'objet. L'exemple de G. Jèze, qui « *répugnait l'idée d'État puissance publique et encore plus l'idée de la personnalité morale de l'État* » [496] et proposait le service public comme « *la cause première de l'administration et de la puissance exercée par celle-ci* » [497] est éloquent. Cette position fondée sur l'idée de service public non pas en tant qu'activités mais en tant que notion élevée au même rang que celle de souveraineté rend compte du rôle primaire joué par le critère de l'objet dans la conceptualisation de la notion de personne publique. On pourrait *a contrario* soutenir en accord avec une jurisprudence du Tribunal des Conflits restée constante jusqu'à une période récente que l'identification de l'objet aide à la qualification du contrat [498].

---

487 L. MICHOUD et L. TROTABAS, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1932, vol. 2/, p. 298 et suiv.

488 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 1933, p. 109.

489 R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, CNRS, 1962, vol. 2/, p. 22.

490 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 1927, p. 616 et suiv.

491 G. SCELLE, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, Paris, Recueil Sirey, 1932, vol. 2/, p. 9 et suiv.

492 R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1943, p. 38 et suiv.

493 S. BADAOUI, « *Le fait du prince dans les contrats administratifs »,* LGDJ, Paris, 1955, p. 153.

494 CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie,* S1902, 3, 73, note Hauriou.

495 S. BADAOUI, « *Le fait du prince dans les contrats administratifs »,* LGDJ, Paris, 1955, p. 154.

496 V. KONDYLIS, « La conception de la fonction publique dans l'œuvre de Gaston Jèze », *RHFD*, 1991, p. 43-54.

497 D. MASLARSKI « La conception de l'État de Gaston Jèze », http ://www.juspoliticum.com/La-conception-de-l-Etat-de-Gaston.html.

498 T. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyrot*, n° 01804, Rec. pub ; p. 787. Cette jurisprudence a été abandonnée par un arrêt du T. confl., 9 mars 2015 *Mme Rispal* c/ *Société Autoroutes du Sud de la France*, préc.

… / …

Nonobstant cet abandon, force est de constater que la proximité entre le critère organique et le critère de l'objet reste encore bien prégnante dans la classification des contrats administratifs.

L'objet est, selon ses particularités intrinsèques, le squelette sur lequel et pour lequel est élaboré un ensemble de règles auquel le contrat devra être soumis [499]. On peut même affirmer sans crainte de nous tromper que la spécialisation des contrats administratifs fait une part belle au critère de l'objet [500]. C'est sa variété qui conduit dès lors à proposer une diversité d'instruments contractuels pouvant parfaitement correspondre aux exigences spécifiques de cet élément. C'est dire finalement que bien avant la nature publique du contractant, c'est la nature de l'objet qui commande le choix du procédé contractuel. C'est ainsi que la *summa divisio* - marchés publics et concessions de travaux et/ou de service public - s'est historiquement fondée non pas sur la « *finalité distincte des deux types de contrats* » et « *sur les différences de leurs modes de passation* » [501], mais plutôt sur l'objet du contrat. À tout le moins, peut-on soutenir que la finalité et le mode de passation sont des éléments de distinction au sein de la *summa divisio*. Cependant, le choix d'un procédé contractuel au détriment d'un autre n'est motivé que par la nature de l'objet. Finalité et mode de passation ne sont *in fine* que les manifestations de la spécificité de l'objet. C'est en raison de leur objet que le juge administratif avait qualifié par exemple les contrats de mobilier urbain de marchés publics [502].

Le prestige du critère de l'objet qui résultait de sa capacité à constituer un élément de présomption de la présence d'une personne publique, un indice du caractère administratif du contrat et une donnée de la détermination du régime spécial applicable à celui-ci a perdu de sa force. L'exemple de la concession illustre précisément cet état du droit.

2. La perte de pertinence du critère de l'objet dans la concession

Deux facteurs permettent de rendre compte du déficit de pertinence du critère de l'objet dans les contrats administratifs de type concessif.

---

499 F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, mai 2005, vol. 5, p. 12-25 : « un contrat se définit fondamentalement par son objet et c'est de lui que doit dépendre au premier chef son régime ».

500 L. MARCUS disait de l'objet qu'« *il est, en raison de cette dimension unitaire et synthétique, le critère pertinent de classification des contrats spéciaux* » ; L. Marcus, *L'unité des contrats publics*, *op. cit.*, p. 382.

501 *Ibid.*, p. 416.

502 CAA, Paris, 26 mars 2002, *Société Jean-Claude Decaux*, 2 espèces, R., p. 520 ; *Contrats marchés publ.* Mai 2002, p. 4, concl. V. HAÏM ; *RFDA* 2002 F. BRENET : « *Considérant en définitive que par sa nature et son objet, qui comporte la réalisation et la fourniture de prestations de service pour le compte de la collectivité locale, ledit contrat entre dans le champ d'application du Code des marchés publics* ».

Premièrement, l'objet est une notion protéiforme à contenu variable et, faire abstraction de ses sens dans le langage courant n'épuise pas les possibilités d'usage et de signification de ce terme dans les contrats. La forte polysémie de l'objet peut d'abord être appréciée en droit privé des contrats. La lecture de l'ancien article 1108 du Code civil, combinée à celle de l'ancien article 1128 consacrés à l'objet du contrat ne permet pas de lever les doutes sur la signification que les rédacteurs du Code civil ont souhaité donner à l'objet. Visaient-ils l'objet de l'obligation ou l'objet du contrat ? La discussion doctrinale qui en a résulté n'a servi qu'à brouiller les pistes. En tout état de cause, il est désormais acté que l'objet correspond à, au moins trois acceptions : l'objet du contrat était employé par certains auteurs [503] pour désigner l'objet de l'obligation qui est constitué par le contenu de l'engagement [504]. Ensuite, il est habituellement utilisé par d'autres auteurs [505] pour nommer la chose objet de la prestation elle-même ; ainsi l'immeuble vendu est-il qualifié d'objet de l'obligation du vendeur alors qu'il n'est, au sens strict, selon L. Boyer, que l'objet du transfert de propriété [506]. Enfin, la notion de l'objet du contrat constitue-elle, pour beaucoup d'autres, l'opération juridique que les parties ont en vue et autour de laquelle s'ordonne l'économie du contrat [507]. La polysémie de l'objet du contrat ajoutée à la confusion de ses fonctions avec celles de la cause a emmené le législateur délégué à substituer aux deux notions celle de contenu du contrat [508].

Au sens publiciste, un regard général sur les textes produits dans le domaine permet de se rendre compte que la question de la polysémie de l'objet ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit civil. Elle porte moins sur la signification du terme que sur la détermination de sa substance. Toutefois, il semble que la conception publiciste révèle deux constats.

D'abord, elle ne rend pas compte et n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des objets intéressant les contrats administratifs. Elle opère plutôt une synthèse de l'ancien

---

503 B. FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, p. 127.

504 Celui-ci peut être positif et se réaliser à travers une prestation, ou négatif et découler d'une abstention : L. BOYER, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit civil*, avr. 2015, paragr. 128.

505 Voir par exemple : A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien : Lextenso éd., 2012, p. 122 et suiv.

506 L. BOYER, « Contrats et conventions », art cit, p. 128.

507 Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, Paris, Sirey, 2012, p. 320.

508 Article 1128 du Code civil issu de la transposition de l'article 2 de l'ordonnance du 10 février 2016 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain* ».

… / …

débat doctrinal civiliste en désignant en droit des contrats administratifs à la fois la prestation caractéristique et la chose, objet de la prestation.

Il n'en reste pas moins que la mise en relation de la concession, terme amphibologique [509], galvaudé [510] et passe partout [511], avec le critère de l'objet dont nous venons de relever la polysémie a tantôt contribué à fragiliser, tantôt fortifier ce couple à travers la notion de concession de services [512].

Deuxièmement, on constate un éclatement des catégories concessives dû à l'absence d'unité du critère de l'objet. En la matière, la mutation de la fonction de l'objet reste frappante. Ce critère autrefois fédérateur du régime juridique du contrat administratif s'est métamorphosé en critère de différenciation des contrats administratifs, rendant, de ce fait, vaine toute tentative de présentation générale de la notion. L'exemple des travaux publics fut, jusqu'à une période récente topique de l'éclatement des catégories : les marchés publics de travaux et les concessions de travaux portent sur le même objet, mais ne suivent pas le même régime juridique [513]. Le critère de l'objet n'est-il pas devenu un élément de fragilisation de l'unité du contrat administratif ? De toute évidence, l'élargissement de l'objet de la concession par l'Union européenne conduit vers une évolution de son rôle.

B. Les nouvelles fonctions du critère de l'objet du fait de son élargissement

Loin d'avoir perdu la totalité de ses fonctions [514], le critère de l'objet assure de nouvelles fonctions. Au-delà de l'impact de son élargissement sur le droit français des contrats de type concessif, il est possible de percevoir les fonctions d'intégration et de

---

509 J.-F GIACUZZO, « Le critère organique du contrat administratif et l'"amphibologique" notion française de concession », *Droit et ville*, juin 2014, vol. 77, p. 279-290 ; S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public », art cit.

510 R. RÉZENTHEL, « Les concessions portuaires », *Revue Africaine des Affaires Maritimes et des Transports*, juillet 2010, n° 2, p. 53-57.

511 A. De LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, France, LGDJ, 1983, vol. 2 : « *Les concessions constituent une sorte de monde ou, si l'on préfère, de pavillon qui couvre une quantité considérable de marchandises* ».

512 CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB)*, n° 405157. J.-V. MAUBLANC, « Les concessions de services prennent le large », *AJDA*, 2017, p. 1453.

513 Le premier est régi par l'article 1er du CMP et le régime juridique du second est déterminé par l'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

514 M. AMILHAT, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 157 et suiv.

… / …

filtrage que joue le critère de l'objet dans le nouveau droit des concessions (1). Son influence dans le processus de mise en concurrence est également renouvelée par la prise en compte de la notion d'objet principal (2).

1. L'impact de l'élargissement du champ matériel sur les fonctions du critère de l'objet

En raison de la jeunesse de la notion européenne de concession, c'est le droit des marchés publics qui a donné ses lettres de noblesse à l'élaboration du concept européen des travaux et de services. On le sait, la définition européenne du marché public de travaux est indéniablement plus large que la définition traditionnellement retenue en droit interne. En effet, selon la directive 93/37 sur les marchés de travaux du 14 juin 1993 [515], les travaux dans ce type de contrats doivent être entendus comme soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette définition a été reprise par la directive 2004/18 et les directives 2014/24 et 2014/25 qui précisent, pour être en accord avec la jurisprudence, que le pouvoir adjudicateur doit exercer « *une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* » [516]. Cette conception extensive a résulté d'un double élargissement, organique et matériel du critère de l'objet. S'agissant de l'élargissement matériel, celui-ci s'explique selon le professeur Stéphane Braconnier par le fait que l'Union européenne inclut dans la notion de marché public de travaux « *l'ensemble des contrats publics de construction par lesquels un pouvoir adjudicateur réalise, fait réaliser des travaux, ou se procure un ouvrage répondant à ses besoins préalablement exprimés, même si, in fine, le pouvoir adjudicateur ne reçoit aucune prestation du titulaire du contrat et ne supporte aucune charge financière* » [517]. La combinaison de l'article 5 en son point 1, a) et 7 de la directive « concessions » aligne textuellement sur la définition des travaux dans les concessions à celle des marchés publics. On peut en dire de même pour la notion de services, déjà définie de manière extensive par la directive de 2004. Elle ne coïncide pas

---

515 Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

516 Article 2 directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive.

517 S. BRACONNIER, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 21 avril 2014, vol. 15, p. 832-840.

… / …

avec la notion interne de délégation de service public et à vocation à élargir le champ d'application matériel des concessions [518].

Il faut reconnaître qu'incontestablement, le critère de l'objet du contrat a perdu de son influence avec l'avènement du droit européen des concessions. Néanmoins, une approche globale de l'objet de la concession dans la directive éponyme permet de rendre compte des fonctions d'intégration et de filtrage assurées par cet élément dans ce type de contrats.

Difficilement perceptible à cause de l'évolution souvent disharmonieuse de la notion des contrats des personnes publiques, le critère de l'objet continue tout de même de jouer un rôle dans la construction de la notion européenne des contrats publics. À l'inverse de sa fonction de critère de spécialisation du contrat administratif en droit interne, le critère de l'objet s'est lentement mué en un élément de l'assimilation d'un contrat au cadre général des contrats publics [519]. Cela n'est pas sans rappeler le rôle joué par cet élément au sein de la construction du droit du contrat administratif. Ainsi, de la fonction de spécialisation, on en vient à une fonction de généralisation assurée par ce critère puisque les notions de travaux et de services dans les concessions ne se distinguent pas de celles de travaux et services dans les marchés publics.

Cette absence de différenciation correspond à la politique européenne de faire du mode de rémunération le critère central de la distinction dans les contrats publics. On assiste à une tentative d'objectivation du critère de l'objet qui, nous semble-t-il, contient en même temps en son sein des dérogations [520], facteurs de son incomplétude. En illustre l'existence de nombreuses exclusions faisant échapper certaines concessions de l'application de la directive [521]. Qu'elles se justifient par l'existence d'un monopole ou par des pressions

---

518 P. JAKOB et A. M. SMOLINSKA, « Quels enjeux de la nouvelle notion de concession de services ? », *JCP A*, 2 mai 2017, vol. 17, p. 27-29 ; S. BRACONNIER et E. KALNINS, « Nouvelles directives marchés publics et concessions – Petite révolution et grandes évolutions », art cit ; S. BRACONNIER, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 12 mai 2014, vol. 19, p. 959-967 ; G. CLAMOUR, « Nouvelle directive concessions, premier panorama », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2014, vol. 3, p. 21-24 ; X. DELPECH, « Une réforme pour les contrats de concession », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 1 février 2016, vol. 2, p. 61-61.

519 O. RAYMUNDIE, « Le contenu du contrat des concessions de travaux et de service (public) », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 17-22.

520 G. ECKERT, « Le champ d'application du nouveau droit des concessions », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2016, vol. 3, p. 8-14.

521 M.-H. PACHEN-LEFÈVRE et A. CROS, « Les contrats exclus du champ d'application de l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 23-26 ; G. GAUCH, « Le champ d'application de la directive concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 22-25.

… / …

politiques, l'existence même de ces exclusions fragilise la posture qui consiste à faire de l'objet un critère d'assimilation.

De plus, le fait que les exclusions sectorielles se fondent pour la plupart sur la nature intrinsèque de l'objet de la concession de services révèle la contradiction d'une telle construction. C'est le cas par exemple de la dérogation accordée au secteur de l'eau introduite à l'article 12 de la directive. Cette exclusion se veut large puisqu'elle s'applique non seulement aux concessions de mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable [522], mais aussi aux concessions portant sur « *l'évacuation ou le traitement des eaux usées, lorsqu'elles concernent la mise à disposition ou l'exploitation des réseaux mentionnés ci-dessus ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable* » [523]. Son application s'étend aux projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, lorsqu'elles concernent la mise à disposition ou l'exploitation des réseaux mentionnés ci-dessus ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable.

Cependant, au niveau de l'Union, le critère de l'objet assure aussi dans la *summa divisio* une délimitation du champ d'application des directives. C'est une fonction de filtrage qui permet de tenir la cohérence de la notion en excluant les concessions ayant un objet autre que les services et les travaux publics. C'est ainsi qu'en se fondant expressément sur la notion de « *l'objet de ce type de contrats* » qui consiste en une « *acquisition de travaux ou la réalisation de services par voie de concession* », les considérants 11 à 16 du préambule de la directive distinguent successivement la concession des conventions de subventionnement, des agréments, autorisations ou licences, des autorisations d'occupation ou d'exploitation des domaines publics ou ressources publiques et des conventions qui accordent un droit de passage. Ce faisant, l'autonomisation du droit européen des contrats publics ne manquent pas d'insuffler des mutations. L'objet constitue également un élément important dans la détermination du régime applicable aux contrats mixtes.

522 M.-H. PACHEN-LEFÈVRE et A. CROS, « Les contrats exclus du champ d'application de l'ordonnance du 29 janvier 2016 », art cit.

523 *Ibid.*

2. L'influence renouvelée de l'objet dans le processus de mise en concurrence : la prise en compte de la notion d'objet principal

La remise en ordre des concessions à travers une uniformisation des règles de passation n'a pas empêché le législateur européen de ressusciter l'objet de la concession, considéré comme désuet, afin de l'établir comme le critère officiel de la détermination du régime applicable aux contrats mixtes. Si les termes utilisés par la directive pour tenir compte de la diversité des situations auxquelles l'autorité concédante est susceptible d'être confrontée peuvent paraître « *relever d'un inventaire à la Prévert* » [524], l'analyse des articles 20 à 23 de la directive transposés aux articles 20 à 24 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 conforte l'idée selon laquelle ces termes, aussi diversifiés qu'ils soient, ne représentent que les différentes facettes de l'objet du contrat. Quant au considérant 29 du préambule de la directive, il pose une injonction sans équivoque s'agissant des contrats mixtes : « *les règles applicables devraient être établies eu égard à l'objet principal du contrat si les différentes parties qui le composent ne sont objectivement pas dissociables* ». Du reste, l'on peut s'inspirer de la présentation proposée par Ph. Proot selon qui les contrats mixtes sont des « *contrats mêlant plusieurs objets (travaux, fournitures, services), ou soumis à plusieurs régimes (marchés, concession, défense/sécurité et autre), ou conclus pour les besoins de plusieurs activités (exercés en qualité de pouvoir adjudicateur et en qualité d'entité adjudicatrice)* » [525]. La complexité des hypothèses ordonne, pour la clarté de nos propos, une analyse synthétique avec pour fil conducteur les variations du rôle joué par l'objet.

En effet, la prise en compte de l'objet principal, notion jurisprudentielle européenne, poursuit un double objectif : celui, d'une part, de faciliter la détermination du régime applicable à une concession mixte alliant à la fois les travaux et les services et d'autre part, de permettre de distinguer le régime applicable aux contrats mixtes comportant en partie une concession relative aux services sociaux et autres services spécifiques dont la liste figure à l'annexe IV et en partie d'autres services. À ces deux fonctions, s'ajoute celle qui consiste à faire de l'objet principal le critère de détermination du régime auquel sera soumis un contrat mixte dans lequel les différentes parties ne sont pas objectivement dissociables.

---

524 M. TERRAUX et S. FLOCCO, « Les contrats mixtes : un inventaire à la Prévert ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 27-32.

525 Ph. PROOT, « Les contrats particuliers », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 octobre 2015, vol. 158, p. 39-43.

… / …

Préalablement, rappelons que cette notion d'objet principal inscrite dans la directive et l'ordonnance procède d'une codification de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne [526]. Cette jurisprudence, dont la consécration formelle remonte à l'arrêt *Gestion Hotelera Internacional* [527] du 19 avril 1994, trouve sa justification dans la nécessité de soumettre les marchés publics comportant plusieurs catégories de prestations à la procédure la plus adaptée. L'usage de l'objet principal du contrat constitue, à ce titre, un filtre à deux niveaux.

Premièrement, il contribue à appréhender le régime juridique général applicable au contrat. Ainsi, conformément à cette jurisprudence, un contrat qui comporte plusieurs objets n'est soumis au Code des marchés publics que si son objet principal ou son « *élément prépondérant* » n'est pas étranger à ce droit [528]. Si cette mise en balance entre le principal et l'accessoire est restée, en droit interne, cantonnée pendant longtemps à la seule recherche de la soumission ou non du contrat au Code des marchés publics [529], son intégration dans le régime concessif permettra à la notion de l'objet principal de déployer ses vertus à toute la *summa divisio* des contrats publics. En effet, en posant, concurremment dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics [530] et celle du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession [531], le principe de la nécessaire résolution par la notion de l'objet principal de « *l'épineuse question de la détermination de la législation applicable aux contrats uniques dont les parties sont objectivement indissociables* » [532], le législateur national prend acte de la primauté de

---

526 On retrouve la codification de cette jurisprudence à l'article 22 du nouveau Code des marchés publics.

527 CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera Internacional* c/*Comunidad Autonoma de Canarias*, aff. C-331/92, *Rec*. CJCE, I, p. 1329 ; D. 1994. 128 ; *RDI* 1994. 441, obs. F. LLORENS et P. TERNEYRE.

528 CJUE 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE e.a.* c/*Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. jointes C-145/08 et C-148/08, point 51 et suiv. *AJDA* 2010, p. 981 ; *RTD eur.* 2010, p. 599, chron. L. COUTRON, *ibid*. 2011. 445, obs. A. LAWRENCE DURVIAUX ; *Contrats Marchés publ*. 2010 n° 262, note W. ZIMMER ; *CP-ACCP* 101/2010, p. 12, obs. S. CHAVAROCHETTE.

529 CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux e.a*., C-220/05, préc., point 37.

530 Article 23 alinéa 1er de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, la présente ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables* ». Voir aussi l'article 24 de l'ordonnance.

531 Voir en ce sens les articles 21 à 23 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

532 M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *Revue des contrats*, 1 septembre 2014, vol. 3, p. 539-544.

… / …

cette méthode sur celle construite par le juge administratif [533]. La suprématie de la méthode fondée sur l'objet principal du contrat conduira nécessairement l'autorité concédante à opérer, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice [534], une analyse beaucoup plus fine des éléments du contrat afin d'en déterminer avec précision la procédure formalisée idoine. Enfin, il est à remarquer que lorsque les différentes parties du contrat sont « *objectivement dissociables* », l'autorité concédante peut soumettre chaque partie potentiellement constitutive d'un nouveau contrat aux règles présidant à sa passation. Cette situation ne pose pas de difficulté particulière en dehors de celle inhérente au processus d'identification et de qualification de ces contrats.

Deuxièmement, l'objet principal constitue une modalité de l'identification du régime juridique spécial de la concession [535]. *A priori*, l'hypothèse de l'usage de l'objet principal pour déterminer le régime concessif applicable à un contrat de concession dont toutes les prestations caractéristiques sont d'ores et déjà soumises à l'ordonnance du 29 janvier 2016 peut sembler superfétatoire. De plus, l'article 18 du projet initial de directive n'envisageait cette hypothèse que sous le prisme de la contrariété susceptible de naître d'une concession portant à la fois sur des services et des fournitures ou sur divers types de services, ou encore dans l'hypothèse où concession et marché public s'enchevêtreraient. L'absence de cette hypothèse du projet de directive démontrait l'objectif d'effacement des différences procédurales et normatives qui existaient entre ces deux catégories de concession.

Cependant, la consécration par la directive du 26 février 2014 de l'hypothèse d'une distinction entre concession de services et concession de travaux est révélatrice de l'existence au sein du régime juridique général des concessions d'une diversité de régimes juridiques spéciaux dont l'objet principal constitue le critère de répartition. La répartition des compétences entre l'objet principal et la nature juridique de l'autorité concédante est

---

533 Pour le juge administratif, lorsqu'un contrat peut être passé selon plusieurs procédures de passation en raison d'une incertitude sur son objet final, il doit l'être en application de la procédure la plus rigoureuse. Voir en ce sens CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille c/ Société Nigel Bueguesse Ltd* ; *Rec*. CE 2009, tables p. 890 ; *RJEP* 2010, comm. p. 17, note C. CHAMARD-HEIM.

534 CJCE, 21 février 2008, *Commission* c/ *Italie*, aff. C-536/07, point 49 : « *Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination* ».

535 Cette seconde fonction découle de l'alinéa 1er de l'article 20 de la directive, transposé à l'article 20 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

… / …

illustrative, là encore, de sa portée dans la distinction des régimes juridiques spéciaux. En effet, si l'autorité concédante, selon qu'elle est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice peut être soumise à un régime spécial, c'est essentiellement en considération du caractère attractif de l'activité qu'elle exerce [536]. Ainsi, la gestion par une entité adjudicatrice d'activités de réseaux énumérés au 3°[537] ou au 6 [538] du I de l'article 11 de l'ordonnance soumet les concessions de ces dernières aux dispositions plus rigoureusement encadrées des pouvoirs adjudicateurs [539], même dans la circonstance où le contrat est objectivement indissociable [540]. Hormis ces exceptions, la détermination du régime juridique spécial applicable reste tributaire de l'objet principal de la concession [541]. Cette solution ne bouleverse pas l'état du droit interne puisque la juridiction administrative a eu à mettre en avant le critère de l'objet principal pour distinguer une concession de travaux publics régie par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 d'une concession de service public, régie par la loi Sapin [542]. L'objet principal du contrat ne se suffit pas lui-même. Il implique nécessairement d'autres éléments tout aussi essentiels tel que la valeur du contrat.

§ 2. UNE DÉCONNEXION SOURCE DE MUTATIONS DE LA CONCESSION

Indéniablement, la banalisation du critère de l'objet est une source d'interrogations. D'abord parce qu'elle bouleverse l'ordre juridique établi en droit français. La critique adressée à la logique européenne a notamment porté sur la simplicité sous laquelle elle conçoit les relations contractuelles des personnes publiques. Il en a découlé dans l'ordonnancement juridique interne un calquage imparfait de l'objet entre les deux ordres

---

536 Cette approche a été confirmée par le Conseil d'État dans son avis du 16 mars 2010 par lequel il fonde la détermination du régime de passation des concessions (de travaux ou de service public) par considération de l'objet principal du contrat : CE, avis, 16 mars 2010, *Dr. adm*. 2011, com. 83, obs. P. PROOT.

537 Il s'agit de service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, ou d'évacuation ou de traitement des eaux usées sur des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage (à condition que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets).

538 Il s'agit des activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

539 M. TERRAUX et S. FLOCCO, « Les contrats mixtes », art cit.

540 Article 20-2 de l'ordonnance.

541 Article 20-1-a) de l'ordonnance.

542 CE, sect. trav. publ., avis, 16 mars 2010, n 383668 et CE, sect. trav. publ., avis, 21 juin 2011, n 385183 ; H. HOEPFFNER, *Contrats marchés publ*. 2012, étude 7 ; CAA Paris, 12 mars 2012, *Société Sonotel*, *Contrats marchés publ*. 2012, comm. 323, G. ECKERT.

juridiques (B). Toutefois, ces mutations de l'objet ont facilité, d'une certaine manière, la structuration des contrats de la commande publique (A).

A. Une mutation matérielle heureuse

S'attarder sur les implications engendrées par les mutations du critère de l'objet dans la construction de la notion européenne de concessions revient, finalement, à rechercher les motivations d'une telle entreprise. La première résulte de la volonté des instances européennes de faire de la concession un des moyens de réalisation des objectifs des traités (1). La seconde découle de la volonté d'homogénéisation de la notion de concession (2).

1. Une déconnexion motivée par la soumission des concessions aux objectifs des traités

Une première motivation de la transformation européenne du critère de l'objet peut être identifiée dans les principes fondamentaux qui gouvernent le droit européen des contrats publics. C'est dans cette optique que le considérant premier du préambule de la directive réaffirme son attachement aux valeurs communes issues des traités ainsi que les principes qui en découlent, telles que la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures [543]. Au-delà du rappel de ces principes classiques, la commande publique est présentée comme l'un des leviers pour parvenir à « *une croissance intelligente, durable et inclusive* » [544] conformément à la stratégie Europe 2020. Les directives visent également la réalisation d'autres *objectifs sociétaux communs* tels que, l'emploi et le travail qui permettent l'insertion des individus dans la société [545] ou la protection de l'environnement [546]. Toutefois, il semble que la justification la moins contestable est celle qui se fonde sur la nécessité de forger une unité de la commande publique. Or, celle-ci passe inévitablement par une interprétation unifiée au niveau de l'Union de la notion de Concession.

---

543 S. BRACONNIER et E. KALNINS, « Nouvelles directives marchés publics et concessions – Petite révolution et grandes évolutions », art cit, p. 12.

544 Considérant 3 de la directive concessions.

545 Considérant 66 de la directive concessions.

546 Considérants 27, 58, 65,72 et article 38 de la directive concessions.

… / …

2. La recherche de l'unité des concessions

Le traitement européen de la problématique des contrats de type concessif n'a pas toujours été homogène. La passation des concessions de services, sans être définie, a été encadrée dans les années 2000 par les « *règles fondamentales du traité en général et du principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* » [547], alors que les concessions de travaux publics qui ont initialement été définies pour être expressément exclues du champ d'application de la première directive Marchés publics de travaux directive en 1971 [548] et consolidée par la directive 93/37/CEE n'ont finalement été soumises à des règles de publicité que par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil [549]. Étant donné que seule la directive 93/37/CEE avait prévu un régime spécial s'agissant des procédures à suivre lors de l'attribution d'une concession de travaux, il devenait nécessaire de déterminer dans quelle hypothèse l'on se trouve en présence d'un tel type de concession, surtout s'il s'agit d'un contrat mixte qui comporte aussi un aspect de prestation de services. En pratique, il était difficile de trouver des concessions dites sèches : le concessionnaire de travaux publics rend souvent un service à l'usager sur la base de l'ouvrage qu'il a réalisé. C'est au travers de la communication interprétative du 29 avril 2000 que la commission va transposer aux concessions la logique développée par la Cour de Justice au sujet de la détermination des règles applicables dans le cas de marchés publics mixtes comportant deux objets dissociables [550]. En d'autres termes, pour qu'une concession soit considérée comme une concession de travaux, elle ne doit pas simplement comporter des éléments de travaux ; elle doit porter à titre principal sur la construction d'un ouvrage pour le compte du concédant. Dans le cas contraire, c'est une concession de services. Si le critère de l'objet principal qui permet de mesurer la proportion de travaux et de services réalisés dans une concession pour déterminer son régime garde toute sa pertinence, il n'en demeure pas moins que la souplesse de l'encadrement des concessions de services comportait un « *risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux* » [551]. Cet encadrement n'était pas en mesure de réaliser le marché

---

547 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, préc., paragr. 60.

548 Article 3 de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

549 Article 56 de la directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

550 *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, J.O. n° C 121 du 29/04/2000, n° 2.3 et suiv.

551 Considérant 4 de la directive concessions.

intérieur et la libre concurrence. C'est à cette *atomisation* des régimes juridiques des concessions que s'attaque la directive concession. Pour ce faire, deux possibilités s'offraient à la commission. La première consistait à reproduire un schéma de la concession telle qu'elle est connue dans certains pays comme la France. Se baser notamment sur la notion de délégation de service public revenait à faire du critère de l'objet du contrat un élément important de la définition des mécanismes contractuels concessifs.

La deuxième possibilité était la construction d'une notion de concession de services affranchie des considérations nationales mais conforme à l'idée européenne de la commande publique. La définition de la concession de services par la directive de 2004 démontrait une volonté européenne d'autonomiser la notion de concession de services au regard des conceptions nationales préexistantes. Elle devait, d'abord, être conforme à la législation des concessions de travaux publics. Mais aussi être symétrique à la notion de marché de services. Seul le mécanisme de gestion devrait être mis en exergue. La question de la gestion et/ou de l'exploitation devait être résolue avec une équation simple dont la compréhension devrait être accessible aux différents acteurs. C'est dans cette optique que le choix fut porté sur la notion du mode de rémunération, mode qui, de par ses spécificités, devrait suffisamment caractériser la concession d'un marché.

En définitive, le choix de ne pas accorder, dans la définition de la notion de concession, une spécificité au critère de l'objet a paradoxalement contribué à renforcer l'unité de la notion européenne de concession puisqu'il était désormais possible d'unifier la concession de travaux publics et la concession de services. Aussi, leur distinction des marchés tenait-elle, non plus à une multitude de critères, mais à un seul élément qui met en évidence, il faut bien l'admettre, l'unique différenciation structurelle entre ces deux notions.

Le refus d'un encadrement strict du critère de l'objet fortifie finalement l'unité de la concession et propose un critère simple de distinction de la *summa divisio* des contrats publics. Ce constat est particulièrement prégnant lorsqu'on analyse le nouveau régime de passation et d'exécution de ces contrats. En effet, la minoration de l'objet de la concession ne rend pas plus difficile la détermination des règles applicables en cas de mixité matérielle de la concession et le critère fondé sur l'objet principal du contrat s'en trouve de ce fait désuet. En effet, quel que soit l'objet principal de la concession, le régime applicable est le même dès lors que les régimes sont unifiés pour les concessions de travaux comme de services dont le montant est supérieur au seuil de 5 548 000 euros.

B. Une mise en cohérence imparfaite

La mise en cohérence de la notion française de concession avec le champ matériel de la notion européenne se révèle imparfaite du fait de l'existence de deux logiques non interchangeables.

Au-delà de l'aspect purement rhétorique, quelques ajustements se sont en effet imposés entre la notion européenne de concession et la notion française de délégation de service public. Cette dernière qui rassemble les contrats d'affermage et de régie intéressée comporte aussi la concession. L'élargissement du champ d'application de la concession de services par la directive « concessions » a imposé une nouvelle nomenclature des contrats de type concessif. Le réajustement du champ d'application matériel présageait selon certains auteurs d'une possible confrontation des notions de délégation de service public et de concession. Finalement, l'ordonnance 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession est venue faire de cette dernière une sous-catégorie des contrats de concession qui doit respecter les règles applicables pour ce type de contrats. Cet ajustement matériel s'est également accompagné d'un réajustement de la définition de la délégation de service public qui résulte de la nécessité d'une mise en cohérence avec la nouvelle hiérarchie des critères de définition [552].

Toutefois, la définition européenne de la concession de services apparaît aux yeux du juriste français comme décevante. Elle l'est d'une part du point de vue de la méthode : la définition de la concession de services est établie en parallèle avec celle de la concession de travaux comme si la gestion d'un service était comparable à une opération immobilière. Elle est aussi décevante au fond car elle fait de la concession un outil dont l'objet est la simple « fourniture de services ». En cela, elle ne distingue pas du point de vue de l'objet les marchés de services et les concessions de services, comme s'il s'agissait de deux manières de réaliser une même opération, pour l'administration de se procurer des moyens. En somme, la concession comme le marché obéissent à une logique de prestation. C'est, *in fine*, l'absence de spécificité de la notion de service public et par ricochet celle de la délégation de service public qui a été consacrée par la directive. Or,

552 La notion de délégation de service public vise conformément à l'article L. 1411-1 CGCT, tel que modifié par l'article 58 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, un « *contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ». La délégation de service public est donc, selon ces nouveaux critères, un contrat conclu entre une collectivité territoriale et un opérateur économique dont l'objet est de confier à ce dernier l'exploitation d'un service public, le délégataire supportant les risques de cette exploitation.

on sait que dans la culture administrative française, la concession pose une particularité : elle est une manière de gérer une activité d'intérêt général. La directive ignore cette idée de « gestion » pour se concentrer sur la « prestation » et concourt à l'inhibition de la portée politique de la délégation de service public.

CONCLUSION DU TITRE I

Indéniablement, le modèle français de la concession connaît, sous l'impulsion du droit européen, une évolution de son identité. Cette évolution se manifeste notamment par les mutations de ses critères fondamentaux que sont le critère organique et le critère de l'objet.

D'une part, le critère organique qui originellement se réfèrerait à la seule présence de la personne morale de droit public a fait l'objet d'une double réforme. La première a consisté à confirmer et à renforcer la place de la personne publique dans l'identification de la concession. L'abandon de la jurisprudence *Société Peyrot* et la neutralisation de la théorie du mandat illustrent ce renforcement de la personne publique dans la formation de ce contrat.

D'autre part, le critère organique s'est ouvert aux personnes privées en intégrant en son sein la sous-catégorie d'organisme de droit public. L'élévation de l'organisme de droit public au rang de critère organique a pour conséquence la qualification de certains contrats des personnes privées en contrat de concession. Cette double évolution du critère organique doit inviter le législateur et la jurisprudence à reconstruire une notion pragmatique de la personnalité juridique publique fondée notamment sur « l'ambiance publique » du champ de leur intervention.

Le critère de l'objet a, de son côté, fait l'objet d'une mutation de ses éléments qui conduit à neutraliser l'influence de leur spécificité sur le régime de la concession. Les nouvelles dispositions introduisent une nouvelle notion de concession et font naître la figure de la concession de services, qui englobe et dépasse les traditionnelles délégations de service public.

Cette opération induit, finalement, une véritable révolution du modèle français de la concession puisque, désormais, il existe des concessions de services et de travaux sans service public ou travail public. De ce fait, l'ordonnance et le futur code de la commande publique consacrent la bascule définitive du modèle français de la concession vers le modèle européen, avec, en creux, la volonté d'accorder au critère de l'objet une certaine influence fonctionnelle dans la détermination de certains régimes spéciaux.

TITRE II.

LES PARADOXES DU CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION

L'évolution des critères d'identification de la concession est encore plus perceptible lorsqu'on étudie ce critère dynamique que constitue le critère économique. Le critère économique a été l'un des plus évolutifs dans l'identification de la concession. L'histoire juridique permet d'établir que la prise en considération de l'idée du critère économique ne répond pas à un mécanisme intellectuel figé dans le temps. Les différentes acceptions qui ont tenté de transcrire fidèlement l'idée sous-jacente à ce critère constitue une preuve de son instabilité. Pourtant, sa fonction est essentielle à l'heure de la perte du pouvoir discriminant des autres critères de la concession. La nécessité de maintenir une différenciation entre les concessions et les marchés publics a conduit à rechercher la signification du critère économique.

La description de l'économie du contrat de concession que donne le commissaire du gouvernement Chardenet dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux* rappelle que le concessionnaire est « *rémunéré par la perception sur les usagers des taxes* ». En effet, la rémunération du cocontractant de l'administration qui est adossée à l'utilisation du service par l'usager révèle l'origine de la rémunération. Mais, la notion de rémunération n'a pas suffi à caractériser la concession dans un environnement contractuel évolutif de sorte que le critère économique s'est peu à peu fortifié autour de la notion du risque d'exploitation (**Chapitre I**). Nonobstant son exaltation, le risque d'exploitation, critère discriminant de la *summa divisio* contractuel, est empreint de confusions et d'instabilité (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.

LA FORTIFICATION DE LA CONCESSION PAR LE CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION

L'autonomie de la concession et la recherche d'un critère de différenciation avec les autres contrats administratifs n'est pas une problématique récente. Tout en restant, en droit interne, une question restée longtemps subsidiaire, elle n'en est pas moins concomitante aux questions liées à l'élaboration par le juge administratif des règles devant présider la formation du contrat administratif. Si la doctrine contemporaine affirme systématiquement que le critère du risque trouve sa légitimité dans l'histoire [553], force est d'admettre que c'est le critère matériel qui a été premièrement investi de ce rôle de différenciation entre les contrats administratifs. Celui-ci reposait sur *l'objet propre* du contrat : le marché public permet de procurer aux personnes publiques les moyens d'assurer l'exécution des services publics dont elles ont la charge alors que la concession est une délégation de la responsabilité matérielle du service à un cocontractant qui est en relation directe avec l'usager. Pourtant, dans cette présentation, le critère financier n'est pas occulté. On le retrouve, en filigrane, dans la relation « *directe et immédiate* » entre le cocontractant de l'administration et l'usager du service sur lequel il se rémunère.

La recherche d'un critère de distinction entre la concession et les marchés publics s'est finalement stabilisée, tant en droit national qu'européen, autour de la notion du risque d'exploitation. Toutefois, le processus européen de cristallisation du critère du risque d'exploitation a été moins mouvementé que celui du droit français **(Section II)**. L'existence d'autres notions explicatives de la distinction marchés publics et concessions en droit interne a conduit tant les juges que les commissaires du gouvernement à théoriser le risque d'exploitation dans un environnement juridique incertain **(Section I)**.

553 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, France, LGDJ, 2013, p. 87.

SECTION I.

CONFUSION ET ÉVOLUTION DES CRITÈRES D'AUTONOMISATION DE LA CONCESSION

La doctrine, à l'instar de la jurisprudence, s'est très vite attachée à l'étude de la concession afin d'en identifier les éléments de définition et les critères marquant sa différenciation avec les autres contrats. La novation de la notion de concession par le droit européen permet, d'une part, de proposer une relecture de ces critères classiques (§ 1) et d'autre part, de s'autoriser une analyse de l'évolution du critère du risque dans la concession (§ 2).

§ 1. L'INOPÉRANCE DES CRITÈRES TRADITIONNELS DE LA DISTINCTION CONCESSION / MARCHÉ PUBLIC

Si le critère fondé sur l'origine de la rémunération est traditionnellement présenté comme l'élément essentiel de la concession (B), sa force explicative doit être relativisée au regard de la complexité inhérente au financement de ce type de contrats. Son omniprésence ne doit pas toutefois occulter les tentatives anciennes et nouvelles d'explication de la distinction entre la concession et le marché public par le prisme de la notion de « *risques et périls* » (A).

A. Les risques et périls, une notion mythifiée

La notion de *risques et périls* n'est pas de création jurisprudentielle. Ces origines précèdent l'arrêt *Gaz de Bordeaux* et précisément les conclusions de Chardenet (1). Le sens qu'il a pris au sein de la doctrine révèle d'une construction tendant l'assimiler au critère du risque d'exploitation. Elle ne peut, de ce fait, constituer un fondement au nouveau critère de la *summa divisio* (2).

1. L'origine ancienne de la notion de risques et périls

D'origine civiliste, l'histoire du terme « *risques et périls* » en droit des contrats administratifs est teintée de confusion. Le droit civil distingue la « *théorie du risque* » des « *théories des risques* ». La première, habituellement rencontrée en droit de la responsabilité, correspond au « *système fondant la responsabilité civile sur le fait que celui qui tire un avantage matériel ou moral d'une activité doit en supporter les*

conséquences dommageables pour les tiers » [554]. Quant aux secondes, elles reposent sur le postulat selon lequel le débiteur, qui est dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation que le contrat met à sa charge sans que celle-ci lui soit imputable, est libéré de son exécution.

Il est possible de situer la première utilisation doctrinale de l'expression « *risques et périls* » en tant qu'élément de la concession. En 1845, G. M. Dufour rappelait dans son ouvrage en référence à la concession que l'administration avait fait préparer déjà en 1822 les projets d'ouverture ou d'acheminement de canaux de navigation, pour une étendue de 600 lieues dont elle a voulu « *charger des compagnies de les exécuter à leurs risques et périls moyennant la jouissance du canal et de ses dépendances* » [555]. Plus tard, le *Répertoire alphabétique du droit français* dira de la concession que l'administration peut se substituer, pour son exécution et son entretien, une société ou un simple particulier, qui s'engage à procéder à cette exécution et à cet entretien « *à ses risques et périls et frais* » et reçoit, en échange, un certain nombre d'avantages variables avec la nature de la concession » [556]. L'expression fait aussi une entrée remarquée dans les cahiers des charges dans lesquelles elle caractérise le principe de l'exécution des contrats administratifs aux risques et périls du cocontractant [557].

Le Conseil d'État inaugurera, pour sa part, « *la formule de style* » [558] en 1916, et entre la notion de *risque* développée par Mme Bergeal et l'idée de « *risque et périls* » issue du célèbre arrêt *Gaz de Bordeaux* de 1916, il n'y avait qu'un pas. Celui-ci fut franchi par une partie de la doctrine à partir du moment où elle s'est attelée à trouver dans le premier le géniteur du second. Les éléments de la confusion peuvent être présentés de façon historique. En effet, c'est par l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* que le Conseil d'État a consacré la théorie de l'imprévision. Cette dernière permet *d'assurer la pérennité des contrats administratifs en cas de bouleversement temporaire de leur économie, du fait d'évènements que les parties ne pouvaient prévoir*. Cependant, bien au-delà de cette théorie, il est généralement considéré par la doctrine que les célèbres conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet sous cet arrêt sacrent *l'acte de*

554 S. GUINCHARD et al., *Lexique des termes juridiques*, Paris, France, Dalloz, 2015, p. 889.

555 G. M. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence… tome 4*, 1843, p. 327.

556 « Travaux publics » dans *Répertoire alphabétique du droit français*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1905, n° 119.

557 Voir par exemple Ministère de la guerre. Cahier des charges générales du 16 février 1895 pour les fournitures ou travaux du service de l'habillement et du campement. Extrait du L.-A. LEROY, Cahier des charges du théâtre [d'Angers] : rapport de la commission, 1881.

558 A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 724.

naissance du critère du risque dans la concession. Elles méritent donc une étude pour caractériser les éléments de la confusion.

2. La confusion entretenue entre la notion de *risques et périls* et le critère du risque

À la lecture des conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, deux remarques relatives à l'utilisation de la notion de risque s'imposent.

Premièrement, on relève, contrairement à la présentation générale qui en est faite, l'absence de référence à l'idée de risque dans la définition de la concession. En effet, Chardenet définit la concession comme le « contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, *à ses frais*, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service » [559]. L'usage de l'expression « *à ses frais* » dans la définition de la concession n'est pas une référence à l'idée de risque. Elle est maniée par Chardenet en tant qu'élément de différenciation entre la concession et la régie directe. Dans la régie directe, la personne publique assure par ses propres ressources le financement de l'ouvrage public ou l'exploitation du service public, alors que dans la concession, c'est au cocontractant de l'administration d'engager tous les frais. L'emploi de l'expression « *à ses frais* » remplit un second objectif. Il met en évidence l'obligation qui nait de ce type de contrats. De ce fait, l'obligation pour le cocontractant d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, *à ses frais,* qui a pour contrepartie sa rémunération par la perception sur les usagers des taxes permet à Chardenet de faire ressortir le caractère juridique de ce contrat qui est d'ordre essentiellement administratif [560]. En définitive, nous sommes d'avis avec le professeur Thomas Pez pour affirmer qu'il transparait de la définition proposée par Chardenet que la concession est « *davantage un contrat qui n'est pas aux frais de l'administration […] qu'un contrat au risque du concessionnaire* » [561].

Deuxièmement, la référence à la notion de « *risques et périls* » par l'arrêt ne visait pas à faire du risque l'essence du contrat de concession. L'usage de l'expression « *à ses risques et périls* » par le Conseil d'État n'est pas anodin. Il permet, d'un côté, à la

---

559 CHARDENET, conclusions sur CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, préc.

560 *Idem*.

561 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 97.

juridiction administrative suprême d'exprimer l'idée selon laquelle le contrat de concession ayant « *réglé de façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant* », l'aggravation des charges résultant des circonstances économiques constitue un aléa économique que le concessionnaire doit supporter. Comme le présente le professeur Thomas Pez dans sa thèse sur *le risque dans les contrats administratifs*, c'est principalement l'idée d'une absence de contrepartie qui se dégage de l'expression. L'obligation du concessionnaire de supporter intégralement les aléas économiques qui bouleversent l'économie du contrat résulte du fait que celles-ci font partie des éléments de prévision à prendre en compte avant de s'engager. De l'autre, l'expression « *risques et périls* » constitue un instrument de mesure du risque déraisonnable qui appelle, soit la résolution de la concession pour cas de force majeure, soit, selon la nature de l'objet, l'application de la théorie de l'imprévision pour assurer la continuité du service public [562]. Si l'idée de risque il y a, celle-ci renvoi moins à une spécificité du contrat de concession qu'au traitement de l'inexécution des obligations contractuelles par le cocontractant de l'administration.

C'est, en effet, par un raisonnement téléologique que la doctrine, s'inspirant de la définition de la concession de Chardenet, s'est saisie de l'idée du risque comme un critère d'identification de la concession. Déjà, dans ses notes sous l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes* du 3 août 1917, Hauriou a repris à son compte la définition de la concession en y incluant la formule « risques et périls » [563]. Dans le même sillage, A. Blondeau définissait la concession de service public comme « *l'acte par lequel un particulier s'engage à assurer à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public, moyennant rémunération consistant dans les profits qu'il tirera de l'exploitation du service…* » [564]. Cette conception de la concession par l'auteur démontre sa réticence à la considérer comme un véritable contrat. Elle illustre néanmoins une analyse juste de la notion. La confusion entre l'idée de risque exprimée par la doctrine et celle explicitée par Chardenet résulte, pour l'essentiel, de l'usage commun de l'expression « *risques et périls* ». En effet, l'usage doctrinal indifférencié de la formule ne doit pas occulter le fait

---

562 Cet élément sera étudié à la partie II.

563 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 1015. Notes sous l'arrêt CE, 03 août 1917, *Compagnie des messageries maritimes :* « *La concession est une opération par laquelle un particulier se charge à ses frais, risques et périls du fonctionnement d'un service public et, le cas échéant, de l'exécution de travaux publics, grâce à un octroi temporaire de droits de puissance publique effectué d'une façon réglementaire, grâce aussi à une rémunération prévue contractuellement et résultant généralement de taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service* ».

564 A. BLONDEAU, *La concession de service public*, *op. cit.*, p. 54.

… / …

qu'elle ne porte pas la même signification sous la plume de Chardenet et du Conseil d'État. Hauriou exprime clairement cette position lorsqu'il affirmait qu'« *en principe, les contrats de concession sont, dans leur partie financière, des contrats aléatoires. Le cahier des charges laisse au concessionnaire une marge de bénéfices, mais aussi une marge de risques* » [565]. Le trouble atteint son paroxysme quand dans ses conclusions sur l'arrêt *SIMA* [566], le commissaire du gouvernement M. Gentot, pour sceller le lien entre la concession et le risque a employé l'expression « *risques et périls* » [567]. Le contexte dans lequel la formule est utilisée l'investit d'une nouvelle fonction. Désormais, pour les commissaires du gouvernement - dont on connaît l'influence des conclusions sur le sens des décisions des juges administratifs – le « *risques et périls* » ne joue plus les fonctions classiques mais désigne dorénavant le risque lié au mode de rémunération du concessionnaire. C'est dire, finalement, que le risque qui caractérise la concession est un risque qui nait exclusivement des redevances.

B. Le critère de l'origine ou du mode de rémunération, un critère altéré

Considérée par la doctrine comme le critère historique de la concession [568], la rémunération n'a pas été, selon la jurisprudence, le premier critère, ni le plus important dans l'identification de la concession de travaux publics et du service public. La prédominance au début du XX^{e} siècle du critère de l'objet dans la qualification des contrats administratifs n'est plus à démontrer [569]. L'apport de la rémunération était subsidiaire sans pour autant que le juge administratif et les commissaires de gouvernement ne fassent l'économie de sa recherche. La rémunération a très vite pris le pas sur le critère de l'objet dans la jurisprudence du Conseil d'État et il est apparu que de toutes ses modalités, c'est son origine qui est le plus déterminant. L'arrêt *Gaz de*

---

565 M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, *op. cit.*, p. 1019.

566 CE, sect., 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération* (SIMA), Rec. p. 723, Notes, M. WALINE, vol. II, pp. 127-128.

567 M. GENTOT, Conclusions sur CE, sect., 26 novembre 1971, SIMA : « *Ce qui est fondamental dans la concession, c'est que le concessionnaire est chargé par l'autorité concédante de l'exploitation d'un service qui le conduit à fournir des prestations directement aux usagers. Le concessionnaire devant assurer à ses risques et périls l'exploitation dont s'est déchargé le concédant, il est normal qu'il soit rémunéré par les bénéficiaires du service* ».

568 Pour H. PAULIAT, le critère de la rémunération est « *l'élément qui traditionnellement permet de déceler une concession de travaux publics* ». H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », art cit.

569 CE 19 juin 1928, *Époux de Sigalas* c / *Société hydroélectrique du Palais*, D. 1928. III. 49, concl. Josse

… / …

Bordeaux est particulièrement illustratif de cette approche [570]. La définition que donne Chardenet de la concession rappelle que le concessionnaire est « *rémunéré par la perception sur les usagers des taxes* » [571]. Le principe, constant, exclut que l'on qualifie de concessions, les contrats dont la rémunération est assurée par la personne publique concédante [572]. Le Conseil d'État a réitéré cette position dans un avis rendu par la section de l'Intérieur le 14 octobre 1980 et portant sur la question de savoir si les contrats de mobilier urbain « *présentent le caractère de concessions de service public ou constituent des marchés publics comportant occupation du domaine public et assortis d'obligations de services publics* ». Pour la Section de l'Intérieur, ces contrats qui comportent une occupation du domaine public sont, en application du décret-loi du 17 juin 1938, des contrats administratifs. Toutefois, en raison du défaut de versement de redevances par les usagers en contrepartie des prestations qui leur sont fournies, les contrats de mobilier urbain ne peuvent constituer des concessions de service public « *quelles que soient les clauses qui pourraient y être inscrites quant à la propriété des installations, quant à l'étendue des obligations de service public mises à la charge du cocontractant, quant aux pouvoirs de contrôle et de sanction de la collectivité* » [573].

Toutefois, le Conseil d'État sera confronté, dans l'arrêt *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, à la question de la pertinence du critère de l'origine de la rémunération. Le commissaire du gouvernement Olivier Dutheillet de Lamothe mettra en exergue, dans ses conclusions les insuffisances de ce critère pour définir, seul, la concession dans un environnement contractuel évolutif [574]. Il proposera, tout en gardant le critère de la rémunération, un changement de paradigme qui consistait à substituer au critère de l'origine de la rémunération, celui du mode de la rémunération [575]. En outre, les formations consultatives du Conseil d'État vont relativiser l'influence de la rémunération

---

570 CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, préc.

571 Voir aussi : CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, req. n° °75100, CJEG 1970, p. 469 ; T. confl., 4 février 1974, *Époux di Vita*, Rec., p. 78.

572 CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec., p. 812 ; CE, 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération SIMA*, Rec., p. 723, RDP 1972.239, concl. GENTOT et p. 1245, note WALINE, AJ 1971.649 ; CE, 8 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec. 246, RFDA 1986.231, concl. DANDELOT ; CAA Marseille, 19 mars 2012, *Société Hérault Aménagement*, req. n° 09MA04620.

573 CE, sect. Int., Avis, 14 octobre 1980, *AJDA* 1980. 193 ; *EDCE* 1980, p. 196.

574 Conclusions de O. DUTHEILLET de LAMOTHE sur CE, 17 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, *RFDA*, 1987, p. 5.

575 Voir également en ce sens : Th. PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 237-252.

… / …

dans la détermination de la concession en retenant pour principe, dans un avis rendu le 7 avril 1987, que les contrats qui font participer une personne privée à l'exécution même du service public ne peuvent être qualifiés de marchés publics [576]. Les incertitudes quant à la pertinence du critère de l'origine de la rémunération pour, d'une part, identifier la concession et d'autre part, la distinguer des autres contrats à conduit le juge à explorer d'autres possibilités.

§ 2. La conceptualisation du critère du risque

La consécration du critère du risque comme critère discriminant de la concession résulte essentiellement d'une construction par tâtonnement (A). Elle fut l'occasion d'une remontée en puissance des critères classiques, accentuant l'impression de confusion et d'absence de ligne directrice, avant de connaître une stabilisation autour de la notion de risque d'exploitation (B).

A. Une construction hésitante

La recherche aux lendemains de la loi Sapin du critère d'individualisation de la catégorie des délégations de service public fut laborieuse. En effet, si la juridiction administrative a opté, dans un premier temps, pour le critère du transfert du risque (1), elle se refusera, par la suite, à confirmer la prépondérance de ce dernier sur celui du mode de rémunération. L'introduction par le commissaire du gouvernement C. Bergeal d'une nouvelle grille de lecture du risque permettra à celui-ci de s'affirmer peu à peu dans l'individualisation de la concession (2).

1. L'échec de l'élaboration jurisprudentielle d'un critère discriminant fondé sur le transfert du risque

Le juge administratif fut confronté, aux lendemains de la loi Sapin, à des difficultés d'application du régime juridique instauré par celle-ci. Se posait dès lors deux obstacles essentiels.

En premier lieu, l'absence d'une définition législative de la délégation de service public complexifiait la mise en œuvre du régime juridique de la délégation de service public. Elle posait aussi en substance la question de la détermination du champ d'application de cette dernière.

---

576 CE, sect. Int., Avis, 7 avril 1987, n° 341356, GACE, p. 261.

En second lieu, en créant cette nouvelle catégorie contractuelle, le législateur s'est abstenu de poser les critères distinctifs clairs avec les autres catégories contractuelles existantes. Il revenait au juge administratif de faire œuvre d'interprétation, mais aussi, de proposer une clé de d'identification de la délégation de service public des autres contrats administratifs. Cette situation n'est pas surprenante puisque le domaine a toujours été organisé de façon jurisprudentielle. Et s'agissant précisément du critère distinctif de la concession, la jurisprudence des débuts des années 1990 a sensiblement évolué vers un revirement. En effet, le débat sur le critère distinctif de la concession s'est posé précocement et de manière concomitante avec la détermination de ses critères constitutifs dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux*. Il se concentrait essentiellement sur le choix entre d'une part, le critère du *risque et périls* et d'autre part, celui de la rémunération. Ce fut ce dernier qui emporta les faveurs d'une grande partie de la doctrine, confirmé par des arrêts célèbres [577].

Cependant, cette stabilité dont jouissait le critère de la rémunération va faire l'objet d'une remise en cause par la plus haute juridiction administrative [578]. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'affaire *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai* du 15 juin 1994, le Conseil d'État a considéré, pour déterminer si une entreprise privée est cocontractante d'un contrat de délégation, que celle-ci doit percevoir « *des redevances sur les usagers et supporter, dans certaines limites, le risque financier de l'exploitation* » [579]. Cet arrêt, nonobstant ses faits antérieurs à la loi Sapin, est intéressant à plusieurs égards.

Il est loisible de remarquer qu'en invoquant la nécessité pour le cocontractant de l'administration de supporter le risque financier de l'exploitation, le juge fait du *transfert du risque* le véritable critère du contrat de délégation. Ce constat appelle deux remarques.

Primo, le juge administratif fait du critère du risque le critère principal de l'identification de la délégation du service public au détriment du critère de l'objet. Cette position a pu surprendre d'autant plus qu'une partie de la doctrine avait estimé qu'en créant le concept de délégation de service public, le législateur avait implicitement abandonné le critère classique de distinction entre marché public et concession fondé sur

---

577 CE, 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec. CE, p. 812 ; CE Sect. 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques*, Rec. CE, p. 723 ; CE, 10 octobre 1988, *SA Sobea* et autre, n° 68583.

578 Voir en ce sens §.1, A, 2. Le critère de l'origine ou du mode de rémunération, un critère altéré.

579 CE, 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, Rec. ; p. 807.

… / …

l'origine de la rémunération du cocontractant au profit de celui de la dévolution de la gestion du service public [580].

Secundo, cet arrêt confirme la redéfinition du rôle et de la place du critère de la rémunération au sein des contrats de type concessif. Le droit de percevoir les redevances sur les usagers, quand bien même qu'il soit un *élément fréquent* [581] dans la concession, n'en constitue pas la caractéristique. Déjà, dans ses conclusions sur l'affaire de l'attribution des concessions des 5ème et 6ème chaîne de télévision, le commissaire du gouvernement O. Dutheillet de Lamothe avait pu affirmer que « *nous ne pensons pas que la perception des redevances sur les usagers soit un critère absolu du contrat de concession* » [582]. Chantepy ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme dans ses conclusions sur l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* que « *l'existence d'une telle redevance n'est pas une condition sine qua non de la concession* » [583].

Il était légitime, eu égard à l'état du droit jurisprudentiel, de pronostiquer l'application de cette position aux contrats résultant de la loi Sapin. Seulement, les juges du Conseil d'État vont favoriser un retour en force du critère de la rémunération au détriment de celui du risque. Ces deux critères vont faire l'objet d'une relecture de la part du commissaire du Gouvernement Catherine Bergeal qui démontrera qu'ils sont inclusifs l'une de l'autre.

2. L'affirmation d'une consubstantialité entre la rémunération et le risque dans la concession

À l'occasion de la jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune de Lambesc*, premier arrêt significatif rendu au regard de la loi Sapin, les sages du Palais Royal ont décidé que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 « *n'ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* ». De ce fait, parce que « *le contrat litigieux prévoyait que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la*

---

580 Ph. TERNEYRE, « Marchés d'entreprise de travaux publics : marchés publics ou délégations de service public ? Note sous Conseil d'État, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône », *RFDA*, p. 718 ; Nil SYMCHOWICZ, « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Bouches-du-Rhône », *AJDA*, 1998, p. 195.

581 Th. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, France, LGDJ, 2013, p. 94.

582 Conclusions de O. DUTHEILLET de LAMOTHE sur CE, 17 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, *op, cit.*

583 Conclusions de C. CHANTEPY sur CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune de Lambesc*, req. n° 168325, Rec. ; p. 137.

commune, cette stipulation, même incluse dans un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la loi de 1993, obligeait à regarder ledit contrat comme un marché soumis aux règles régissant les marchés publics ». Ce faisant, le Conseil d'État signe, alors même que la loi n'en fait pas référence, l'acte de la renaissance du critère fondé sur la rémunération en l'élevant au grade de critère de caractérisation de la délégation de service public. Cette renaissance est toutefois orientée vers la souplesse du critère. L'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* consacre ainsi l'abandon du critère de l'origine au profit d'une approche globale de la rémunération qui sera confirmé par la jurisprudence postérieure.

L'ambiguïté de la rédaction adoptée par l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* a donné lieu, il est vrai, à des interprétations doctrinales différentes [584]. Pour répondre aux critiques doctrinales à l'encontre du critère du mode de rémunération, Mme C. Bergeal, profitant de l'occasion offerte par le contentieux résultant de la catégorisation des contrats de régie intéressée et de gérance va mettre en lumière la filiation entre le critère du mode de rémunération et celui du risque. Dans ses conclusions sur l'arrêt SMITOM, Mme Bergeal procède à une habile démonstration consistant à exposé que le critère du mode de rémunération issu de l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* « *renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant, consubstantiel à la concession* ». Cette conception est d'autant plus remarquable que le terme de risque, dont Chantepy semblait réfractaire, n'est employé dans ses conclusions en 1996 [585]. Elle n'est pas pour autant dénuée de logique si l'on considère que la résurgence du critère du mode de rémunération revenait, comme l'affirme le professeur François Brenet, à « *affirmer un principe tout en le privant simultanément de son fondement* » [586]. C'est, selon lui, la notion de risque qui sert de grille de lecture au critère du mode de rémunération. Autrement dit, la rémunération par les résultats n'est qu'un instrument de mesure du risque lié à l'exploitation.

---

584 Dans sa note sous l'arrêt, Ph. TERNEYRE estimait le retour du critère du mode de rémunération comme "non-opérationnel, archaïque et déphasé" « Marchés d'entreprise de travaux publics : marchés publics ou délégations de service public ? Note sous Conseil d'État, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône », *RFDA*, p. 718 ; Pour T.-X. GIRARDOT et D. CHAUVAUX, le choix du critère du mode de rémunération au détriment de celui du risque était bénéfique à l'établissement d'un critère de démarcation objectif entre le marché public et la délégation de service public « Incidence de la loi Sapin sur le champ d'application du Code des marchés publics », *AJDA*, 1996, p. 729 ; Dans le même sens : F. LICHÈRE « La définition contemporaine du marché public », *RDP*, 1997.

585 Il nous semble acquis, au regard de la lecture particulière qu'il fait dans ses conclusions de l'arrêt CE, 15 juin 1194, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, que le commissaire du gouvernement était opposé à l'idée même de la notion de risque comme élément de définition de la concession. Selon lui, « *la gestion du service aux frais et risques du délégataire n'est pas un élément nécessaire à l'existence d'une délégation de service public* ».

586 F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 544.

Indubitablement, cette conception a plusieurs mérites. La première et non celle des moindres a consisté à affirmer que les critères du mode de rémunération et celui du risque ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Leur fusion possède des vertus explicatives incontestables. Ensuite, leur hiérarchisation fondée non pas sur une logique historique mais notionnelle, permet de faire de l'un, le fondement de l'autre. Cette présentation dévoile des conséquences non négligeables. En inscrivant désormais le critère du risque dans la tradition, les conclusions de Mme Bergeal font de ce dernier la clé de voûte pour une remise en ordre ainsi que d'une relecture de la jurisprudence en matière de distinction entre concession et marchés publics.

B. La cristallisation du critère du risque d'exploitation

La nécessité d'asseoir la spécificité des contrats de délégation de service vis à vis des autres contrats administratifs a amené la doctrine à accélérer le processus de théorisation du critère du risque (1). Cet effort de stabilisation a permis par la suite au juge administratif de proclamer le risque comme le critère d'individualisation de la délégation de service public (2).

1. Le glissement du critère fondé sur la rémunération vers le critère du risque

Accusée par la quasi-unanimité de la doctrine d'être irréaliste [587], non-représentative du droit positif [588], et même dépassée [589], la distinction classique fondée sur la rémunération a, peu à peu, laissé la place à l'émergence du critère du risque. Ce glissement de critère a été insufflé, en droit français, par la doctrine qui devait procéder prioritairement à l'affermissement des termes et des fonctions du critère du risque. Pour atteindre cet objectif, il fallait un consensus autour de l'idée du risque et de la formule à même de représenter cette idée.

Cet effort doctrinal de remise en ordre du risque dans la concession partira d'un constat : la majorité des auteurs font référence au risque dans leur définition de la concession. Et même les auteurs qui ont marqué une certaine méfiance à l'égard du risque, finissent par y adhérer, sauf à le faire prudemment [590]. C'est à la fois l'un des éléments les mieux partagés et les plus controversés puisqu'à la question de savoir de quel risque

587 M.-Th. SUR, « Services publics locaux, l'ouverture européenne », *AJDA*, 1990.

588 N. SYMCHOWICZ, « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Bouches-du-Rhône » », art cit.

589 A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 297.

590 Voir T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 99.

on parle, il est constant de discerner des divergences doctrinales. Aplanir ces dissimilitudes notionnelles revenait à revisiter la définition de la concession. Loin de s'éloigner de l'esprit des définitions construites par les illustres commentateurs, annotateurs du début et du milieu du XXe, les définitions contemporaines réalisent l'exploit de faire converger le critère de rémunération vers son élément originel, le risque. La démonstration du professeur François Llorens sur le critère de la rémunération résume la cohérence du lien. En effet, il pose le constat de l'omniprésence du critère du transfert du risque d'exploitation au cocontractant dans la concession. C'est, *in fine*, au travers du mode de rémunération, la nature du risque transféré qui détermine de régime juridique du contrat [591]. Celle-ci, dans le cas de la délégation de service public, dépend, pour l'essentiel, des « *résultats effectifs de la gestion du service sur le plan financier et découle de l'exécution même du contrat* », alors que, s'agissant des marchés, la nature du risque trouve son origine en amont de l'exécution du contrat, spécifiquement, dans l'appréciation de l'offre de la personne publique par le cocontractant [592].

Progressivement, la jurisprudence va remplacer le critère de la « *rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » par celui du risque d'exploitation [593]. Dans l'arrêt *SMITOM* [594], tout en apportant de bienvenues précisions aux notions développées dans l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône*, les juges du Conseil d'État vont aussi consacrer le glissement de critère en faisant « *passer l'identification de la délégation de service public par les risques d'exploitation supportés par le cocontractant de l'Administration* » [595] avec un maintien de la relation logique qui existe entre ces deux critères. Selon David Capitant, le dépassement du critère de la rémunération dans l'arrêt *SMITOM* s'explique par la volonté du Conseil d'État de donner

---

591 F. LLORENS, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public » dans *Gouverner, Administrer, Juger, Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de J. WALINE., Paris, Dalloz, 2002 : « *Tout contrat suppose sans doute une prise de risque de la part de son titulaire. Mais ce risque n'a pas la même signification selon que la rémunération du cocontractant est indifférente aux résultats financiers de l'exploitation du service ou se trouve au contraire déterminée par eux* ».

592 *Ibid.*

593 Pour une illustration récente, voir : CE 24 mai 2017, *Société Régal des Iles*, n° 407213 ; TA Poitiers, ord., 8 décembre 2016, *SAS Voyages Goujeau et SARL Transhorizon*, n° 1602479 et 1602521, *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 64, obs. G. ECKERT.

594 CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-ouest Seine-et-Marnais* (*SMITOM*), Rec. CE 1999, p. 229 ; *AJDA* 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL, note PEYRICAL ; *CJEG* 1999, p. 344, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 1999, p. 1147, note L. VIDAL ; *LPA* 28 février 2000, p. 10, note C. BOITEAU.

595 C. BOITEAU, *Délégation de service public : Notion et catégories*, JurisClasseur Administratif, Fasc. 660, 2011, paragr. 37.

… / …

de la « *cohérence aux solutions à apporter* [à la problématique de la qualification des délégations de service public] *dont la pratique offre une infinie variété* » [596].

2. La stabilisation du critère du risque dans les délégations de service public

Malgré cet effort de conceptualisation, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *SMITOM* a semblé, du moins en apparence, hésitante à l'idée de faire du risque l'élément primordial de la délégation du service public. Illustrative est la définition législative de la délégation de service issue de la loi MURCEF qui résulte presque entièrement de la codification de la jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône*, faisant ainsi fi du changement de paradigme inspiré par l'arrêt *SMITOM*. L'existence de textes officiels qui continuent de faire référence à la notion de *rémunération substantielle par les résultats de l'exploitation* pour identifier la délégation de service public implique que les juridictions administratives fassent œuvre de subtilité. Celle-ci peut s'apprécier au travers de la lecture souple que fait le Conseil d'État du critère de la rémunération, de sorte à pouvoir admettre l'usage de critères alternatifs dont les modalités de calcul de la rémunération mettent en exergue l'existence d'un risque d'exploitation même minime [597].

Après cette période d'incertitude, la jurisprudence du Conseil d'État va, dans un arrêt du 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, finalement interpréter le critère légal de la délégation de service public comme impliquant un transfert, à la charge du délégataire, *d'une part significative du risque d'exploitation* [598]. Il ressort des faits que le *Département de la Vendée* a, par une délibération du 29 juin 2001 décidé d'attribuer l'exploitation du service des transports départementaux de voyageurs à un groupement d'entreprises. Le contrat conclu prévoyait plusieurs types de recettes qui se répartissaient de la manière suivante : 93 % provenaient des recettes perçues au titre des abonnés scolaires ; les 7 % restants provenant d'autres services de transport et d'activités commerciales ; enfin, le contrat prévoyait une subvention variable en fonction du déficit. De plus, 80 % des recettes des abonnés scolaires devaient être prises en charge directement par le

---

596 D. CAPITANT, « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 1 février 2009, vol. 43, p. 40-43.

597 CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Giers*, *AJDA* 2006, p. 1781, note L. RICHER ; *CP-ACCP* novembre 2006, p. 87, note R. de MOUSTIER et N. DOURLENS. CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, AJDA, 2006, 2340 avec conclusions D. CASAS ; Le Conseil d'État précisera plus tard que le risque doit être transféré dans une ampleur suffisante pour qu'il ait un véritable risque d'exploitation : CE, .5 JUIN 2009, *Société Avenance-enseignement-santé* ; n° 298641, *CP-ACCP* janvier 2010, p. 32, notes, G. LE CHATELIER.

598 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, Rec., tables p. 805, BJCP 2009, p. 55, concl. N. BOULOUIS ; obs. R.S. ; *AJDA* 2008, p. 2143, note L. RICHER ; *Contrats-Marchés publ*., 2008, comm 296, note G. ECKERT, *CP-ACCP* mars 2009, p. 59, note G. LE CHATELIER.

département au titre de l'aide aux familles. Un groupement concurrent a obtenu du tribunal administratif, puis de la Cour administrative d'appel de Nantes l'annulation de la délibération au motif qu'un tel contrat ne constituait pas une délégation de service public, dès lors que seule une partie minimale des recettes du service provenait des usagers eux-mêmes, que le risque de diminution de la fréquentation était inexistant et que le risque d'impayé n'était pas de nature à affecter l'équilibre d'exploitation du cocontractant. Comme le souligne le conseiller d'État G. Le Chatelier, la solution des juges du fond n'était pas, à l'évidence, en phase avec la jurisprudence en ce qu'elle « *associe en réalité dans le même raisonnement deux idées que la jurisprudence avait dissociées : l'importance des recettes provenant des usagers et la part du risque supportée par l'exploitant* » [599]. Après cassation pour erreur de droit, le Conseil d'État va relever, pour qualifier le contrat de délégation de service public et ce, après une analyse de la structure économique du contrat, que la convention d'intéressement « *laisse une part de l'éventuel déficit d'exploitation au cocontractant, laquelle peut s'élever à 30 % de ce déficit [...] ainsi, une part significative du risque d'exploitation demeurant à la charge de ce cocontractant, sa rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ».

Par cette décision, la haute juridiction administrative s'aligne désormais sur la position de la jurisprudence européenne qui a intronisé, bien avant les conclusions de Mme Bergeal sur l'arrêt *SMITOM*, le critère du transfert de risque d'exploitation comme le critère décisif de la concession [600].

SECTION II.

LE PROCESSUS EUROPÉEN DE CODIFICATION DU CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION

La prise en compte du risque d'exploitation en tant que critère essentiel de la concession fut la résultante d'un processus par paliers. Le première phase de ce processus, d'essence doctrinale, fut structurée autour du dialogue entre les avocats généraux et la Commission européenne (§ 1). La seconde phase, d'essence jurisprudentielle et législative, a abouti à la codification du critère du risque d'exploitation (§ 2).

---

599 G. LE CHATELIER, « Une contribution importante au droit de la délégation de service public », \CP-ACCP, mars 2009, n° 86, pp. 59-61.

600 Pour une application récente, voir : CE, 24 mai 2017, *Société Régal des îles*, n° 407213 ; G. ECKERT, *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2017, comm. 182, note G. ECKERT.

§ 1. L'ÉCLOSION DES DOCTRINES EUROPÉENNES DU RISQUE

C'est principalement sous l'impulsion des avocats généraux près la Cour de justice que le risque en tant que critère a éclos (A). La théorie du risque dans les concessions a, par la suite, été conceptualisée par la Commission européenne (B).

A. Les avocats généraux près la Cour de justice, tête de proue de la théorie du risque dans la concession

La nécessité de distinguer juridiquement les concessions des marchés publics, afin de les soustraire, dans un premier temps, de l'application des règles relatives à la passation des marchés publics, a conduit les avocats généraux à rechercher un élément discriminant ces deux catégories contractuelles (1). Cette recherche s'est accélérée avec l'encadrement de la passation des concessions par le droit communautaire dérivé. Elle aboutit à l'autonomisation du risque d'exploitation (2).

1. La recherche par les avocats généraux d'un critère caractéristique de la concession

Dans ses conclusions présentées le 19 février 1998 sur l'arrêt *BFI Holding* rendu le 10 novembre 1998 [601], Antonio La pergola, partant de l'évidence qu'il n'existait pas à l'époque une définition de la concession de services à l'échelle communautaire, s'est essayé à la détermination d'un ensemble d'éléments pouvant constituer le socle d'une telle entreprise. Selon lui, une concession de services s'identifie à la lumière de quatre critères cardinaux qui s'inspirent en grande partie de ceux de la concession de travaux. Le premier critère est relatif au « *destinataire ou au bénéficiaire du service fourni* ». Le second critère exige que « *le service en question revête un intérêt général du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique* ». Un autre critère révélateur de la concession est la rémunération, « *laquelle est, en tout ou en partie, tirée de la prestation de services que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires* ». Et d'ajouter qu'un autre aspect significatif de la concession de services dans le domaine communautaire, lié au critère de la rémunération, réside dans le fait que le concessionnaire « *assume le risque économique découlant de la fourniture et de la gestion des services objet de la concession* » [602]. L'avocat général fait un rapprochement entre le critère de la rémunération et celui du risque économique. Autrement dit, la

---

601 CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, Rec., p. I-6824-6870, *BJCP*, n° 2/1999, pp. 155-170, concl. A. LA PERGOLA ; note, Ch. MAUGÜÉ.

602 Conclusions A. LA PERGOLA (19 février 1998) sur CJCE, 10 novembre 1998, CJCE, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, Rec., p. I-6824-6870.

rémunération du concessionnaire de services est la somme de deux conditions. Celle-ci doit, en premier lieu, être tirée, au moins en partie, de la prestation qu'il effectue. En second lieu, sa rémunération doit être liée à sa capacité à gérer les risques du marché découlant de l'exécution du contrat. Cette conception de l'identité de la concession au travers de l'idée que la rémunération du concessionnaire doit revêtir un certain nombre de caractéristiques revient à rechercher l'essence même de ce type de contrats. Antonio La pergola présente « *le fait d'assumer le risque lié à la gestion du service* » comme l'« *élément clef* » dont l'absence interdit tout rattachement du contrat au régime de la concession.

L'arrêt *Telaustria*, relatif à la détermination du régime juridique des concessions de services [603], a été l'occasion pour l'avocat général Nial Fennelly de raffermir dans ses conclusions présentées le 18 mai 2000 la « *doctrine communautaire du risque* » [604] amorcée par Antonio La pergola dans ses conclusions dans l'affaire *BFI Holding*. Tout comme son illustre prédécesseur, Nial Fennelly structure la définition communautaire de la concession autour du critère organique, matériel, mais surtout du critère du risque économique. « *Nous pensons* » disait-il du risque économique « *qu'il s'agit d'une caractéristique fondamentale d'une concession dont l'importance ne concerne pas les seules concessions de travaux publics. Cette caractéristique se manifeste, selon nous, dans l'obligation pour le concessionnaire lui-même de supporter le risque économique principal, ou en tout cas substantiel, associé à la prestation du service concerné* » [605]. Le transfert du risque économique crée une « *très forte présomption* » [606] en faveur de la concession. Outre la prééminence du critère du risque économique Nial Fennelly, pour distinguer la concession du marché, propose de considérer « *l'obligation que le concessionnaire obtienne effectivement au moins une proportion significative de sa rémunération non pas de l'entité octroyant la concession, mais à partir de l'exploitation du service* » [607] comme l'un des signes, si ce n'est le signe fondamental d'un transfert du risque économique. Il marque dès lors son hésitation à suivre Antonio La pergola qui proposait, pour identifier la concession, de prendre en compte le fait que « *le bénéficiaire*

---

603 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, paragr. 60.

604 T. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 120.

605 Conclusions N. FENNELLY (18 mars 2000) SUR CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, paragr. 60; *BJCP* n° 15/2001, p. 132, obs. Ch. MAUGÜÉ.

606 *Idem*.

607 *Idem*.

… / …

du service est un tiers étranger au rapport contractuel » [608]. L'abandon de ce critère de la triangularité des rapports entre les acteurs de la concession résulte du fait que le critère de l'origine de la rémunération qui fait intégrer l'usager du service dans ce rapport est potentiellement altérable. Il est ainsi incapable d'expliquer pleinement toutes les hypothèses de concessions. Pour autant, Nial Fennelly ne présente pas le critère du risque économique comme une panacée. Pour lui, « *il convient d'adopter une démarche au cas par cas s'agissant de la question de savoir si un contrat constitue une concession ou un marché de services* ». Le contentieux communautaire des contrats publics portant sur la détermination du régime juridique doit tenir compte au cas par cas de l'ensemble des éléments ; « *le plus important étant de savoir si la supposée concession consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert* » [609].

2. L'exaltation de l'autonomie du risque économique par rapport à la rémunération

Les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott sur l'affaire *Parking Brixen GmbH* consolident *a contrario* la force du raisonnement qui fait du critère du risque économique « *le critère des critères* » [610]. Elle rappelle d'abord que la jurisprudence [611] ainsi que directive 2004/18 [612] caractérisent la concession de services « *par le fait que le fournisseur de la prestation en cause obtient du pouvoir adjudicateur le droit d'exploiter sa propre prestation* » [613]. Elle propose, en revanche, une argumentation par dissociation d'éléments. Elle présente la concession de services comme le mécanisme contractuel dans lequel « *l'opérateur [...] supporte les risques liés au service en cause* « *et* » *se rémunère – au moins en partie – sur l'usager du service, qui acquitte par exemple une redevance* » [614]. S'il est acquis, comme le rappelle le professeur Thomas Pez, que le risque

---

608 Conclusions A. LA PERGOLA (19 février 1998) sur CJCE, 10 novembre 1998, CJCE, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96 ; *Op cit*., point 26.

609 Conclusions N. FENNELLY (18 mars 2000) SUR CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*. *Op. cit*., point 37.

610 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 120.

611 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*. *Op. cit*., point 58.

612 Article 1er, paragraphe 4, de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

613 Conclusions J. KOKOTT (1er mars 2005) sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH* c/ *Gemeinde Brixen* et *Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *BJCP*, n° 43/2005, pp. 454-466.

614 *Idem ;* point 30.

… / …

et la rémunération ne se confondent pas, la formulation adoptée par l'avocat général ne laisse place à aucun doute quant à la dissemblance absolue entre ces deux critères. Le lien entre le risque et la rémunération est minoré. L'autonomie de la rémunération est exaltée comme le démontre la présentation de la contreprestation du concessionnaire qui consiste exclusivement en une autorisation accordée par le concédant à percevoir des usagers du parc de stationnement un droit pour son utilisation [615]. Elle caractérise en même temps et à elle seule, selon Juliane Kokott, l'exercice du droit d'exploitation. Le concessionnaire assume bien un risque économique « *puisqu'il doit financer, avec les droits qu'il perçoit des usagers, non seulement les frais courants, mais aussi, de surcroît, l'entretien de l'aire de stationnement et l'indemnité annuelle qu'il doit verser à la commune* » sans que l'avocat général ne mette en exergue la corrélation économique qu'il entretient avec la rémunération. Cependant, la position de Juliane Kokott ne constitue nullement le point de départ du déclin de la prédominance du critère du risque dans les conclusions des avocats généraux près la Cours de Justice. Elle doit se concevoir comme une des modalités du critère du risque. Dans le cas d'espèce, le concessionnaire tire toute sa rémunération de la perception d'une redevance sur les usagers du service. Cette typologie étant classique, le critère du rapport triangulaire développé par Antonio La pergola est suffisant pour qualifier ce contrat de concession. Il n'exclut pas pour autant l'existence d'un risque économique transféré au concessionnaire comme l'a montré Juliane Kokott.

La Commission européenne s'est par la suite approprié le risque pour en faire un critère légitime de la concession.

B. La formalisation du critère du risque par la Commission européenne

Tout abordant l'idée du risque dans le processus de définition de la concession, la Commission européenne, n'a pas explicitement souhaité en faire un critère spécifique de la concession (1). En revanche, elle admettait le risque comme une caractéristique commune à tous les contrats complexes. Ce faisant, elle maintient une confusion entre les différentes fonctions du risques (2) dans ces contrats.

1. Du critère du droit d'exploiter...

La deuxième moitié des années 1990 a connu une recrudescence des plaintes pour non-respect du droit communautaire applicable aux concessions. Face à cette situation, la

615 *Idem* ; point 31.

Commission a entrepris d'éclaircir le concept de concession. De ce fait, la recherche d'une définition de la concession débouchera sur la mise en place d'une méthode d'identification. Le risque sera, dans cette perspective, célébré en tant que dénominateur commun de la concession mais surtout comme un palliatif crédible à l'instabilité du critère de l'origine de la rémunération.

L'idée que le critère du risque, dans la recherche du critère ultime de la concession, puisse remplacer celui de la rémunération n'est pas une entreprise nouvelle. La doctrine française s'est depuis longtemps attelée à la question. Le Conseil d'État n'a pas hésité à forger le critère de la « *rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » qui, dépouillée de ses artifices, revient à adosser la rémunération du concessionnaire sur le risque économique découlant de l'exploitation du service. La concordance idéologique et jurisprudentielle entre les deux systèmes juridiques est remarquable et procède essentiellement de la volonté de dépasser le critère de l'origine de la rémunération pour rechercher son fondement théorique. La commission résume clairement cette pensée lorsqu'elle affirme que « *même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsque le prix est payé par l'autorité concédante* » [616]. Cette présentation ne doit pas occulter les hésitations sur l'appréhension du risque qui ressort de l'analyse des différentes communications de la Commission.

En effet, la fragilité du discours sur le risque peut s'apprécier par le prisme des revirements conceptuels du risque entre le projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions du 24 février 1999 à sa version finale du 12 avril 2000. Dans le projet de communication interprétative, le droit d'exploiter est présenté comme le véritable critère de la *summa divisio* [617]. Le risque n'est qu'un critère secondaire dont le pouvoir de distinction est cantonné aux hypothèses de montages contractuels complexes. La position de la Commission résulte d'une conception traditionnaliste de la concession. Cette dernière, tout comme le marché ont évolué vers l'intégration de mécanismes complexes leur permettant de s'adapter à une diversité d'hypothèses.

---

616 *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, 12 avril 2000, C 121/2 à C 121/13.

617 « *La Commission est d'avis que le critère du droit d'exploitation permet de déduire certains indices pour distinguer une concession de travaux d'un marché public* » : *Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions endroit communautaire* du 24 février 1999.

… / …

L'exception est devenue un principe. De même, est-il permis de relever dans la version finale que la rémunération est la conséquence du droit d'exploitation [618]. Cette affirmation connaîtra un réajustement salutaire puisque dans son Livre vert sur les partenariats public-privé, le risque se substituera à la rémunération et ira jusqu'à présenter le transfert du risque d'exploitation comme le corollaire du droit d'exploitation [619].

2. ...à l'admission globale d'un risque dans les contrats complexes

De manière générale, l'analyse des communications interprétatives de la Commission révèle la volonté de présenter le risque comme une notion unie. En effet, il est fréquent que la Commission désigne par le terme de risque le critère de distinction de la concession et des marchés mais aussi, l'idée du partage des risques entre cocontractants. Cette idée d'unité du risque est particulièrement prégnante dans son Livre vert sur les partenariats public-privé. La dichotomie de fonctions n'est pas un obstacle à l'unité du risque. Alors que le transfert du risque au concessionnaire est un critère d'identification de la concession, le partage des risques est, au sens communautaire, une caractéristique principale des partenariats public-privé [620]. Pourtant, il semble, contrairement à d'autres auteurs, que s'il s'agit d'une même idée, la référence au risque dans la concession et dans le contrat de partenariat public-privé ne correspond pas au même champ matériel. En conséquence, dans les marchés publics, aucun partage de risque économique n'est en principe opéré alors que dans les conventions de délégation de service public, au contraire, le risque d'exploitation est par principe transféré au délégataire ; et, enfin, les contrats de partenariat procèdent à un partage des risques (économique, environnemental, technologique, social…) entre l'administration contractante et son partenaire. N'est-ce pas, finalement, là la véritable raison du glissement notionnel intervenu entre les premières versions de l'ordonnance sur le contrat de partenariat et la version finale qui reléguait le partage des risques au rang de « *simple élément obligatoire du contrat au même titre que les sanctions et pénalités applicables en cas de manquement du cocontractant à ses obligations* » ? [621].

---

618 *Op. cit*., C 121/4 b, avec la note 18, concession 121/11.

619 *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, point 36, p. 13.

620 *Idem*, point 1, p. 3 : « *La répartition des risques entre le partenaire public et le partenaire privé, sur lequel est transféré des aléas habituellement supportés par le secteur public. Les PPP n'impliquent toutefois pas nécessairement que le partenaire privé assume tous les risques, ou la part la plus importante des risques liés à l'opération. La répartition précise des risques s'effectue au cas par cas, en fonction des capacités respectives des parties en présence à évaluer, contrôler et gérer ceux-ci* ».

621 F. BRENET et F. MELLERAY, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Paris, France, Litec, 2005, p. 100.

§ 2. L'ADOPTION DU CRITÈRE DU RISQUE PAR LA JURISPRUDENCE ET LES DIRECTIVES EUROPÉENNES

Théorisé et ventilé dans les communications de la commission, le risque a ensuite été consacré par la jurisprudence européenne (A). La directive du 26 févier 2014 a de son côté codifié le critère du risque d'exploitation tout en essayant de le définir (B).

A. La consécration du risque par la Cour de justice

La consécration jurisprudentielle du risque en tant critère discriminatoire a sans doute été facilitée par l'existence d'un principe d'identification des marchés publics par l'absence de risque économique (1). Partant de là, la Cour de justice a procédé à une identification de la concession via le transfert du risque économique. Pour déceler son existence, la juridiction européenne non plus exclusivement sur l'origine de la rémunération (2).

1. Le postulat de la couverture du risque par le prix dans les marchés publics

La jurisprudence de la Cour de justice n'a pas toujours été, à l'égard du critère du risque, d'une parfaite cohérence. Elle a été traversée à partir des années 1990 par des flottements caractéristiques d'une mauvaise maîtrise des éléments en jeu. Cette attitude n'est pas pour le moins surprenante si l'on considère que la question des éléments constitutifs de la concession ne se posait que de manière subsidiaire à l'égard de la nécessaire sécurisation du régime juridique des marchés publics.

Malgré cela, les juges de la Cour de justice ont fait montre d'une incontestable clairvoyance lorsqu'ils ont affirmé dans l'arrêt *Commission* c*/ Danemark* du 22 juin 1993 que le marché public se caractérise par la fixation d'un prix qui prend nécessairement compte des risques [622]. Cette position procède de l'interprétation de l'article 3, paragraphe 3, des conditions communes annexées au cahier des charges duquel il résulte, selon la Cour, que cette disposition « *prévoit* […] *que le prix remis pour une telle offre implique l' élaboration par le soumissionnaire d' un projet détaillé qu' il présente au maître de l' ouvrage pour acceptation, et que le soumissionnaire assume intégralement la responsabilité de l' établissement du projet et de son exécution* [et] *assume le risque de variation des quantités sur lesquelles repose l'offre alternative* » [623]. Cet arrêt illustre l'idée selon laquelle, pour la Cour, dans un marché public de travaux, le versement d'un

---

[622] CJCE, 22 juin 1993, *Commission* c*/ Royaume de Danemark* (*Affaire dite du pont du Storebaelt*), aff. C-243/89, Rec. P I-3353 et suiv.

[623] *Op. cit*., point 5, 41 et 42.

prix par l'administration contractante constitue le mode de rémunération caractéristique de ce type de contrats. Ce prix est fixé par le cocontractant en considération des éléments de risques. Ce risque est couvert par le prix payé par l'administration contractante, il est ainsi transféré vers cette dernière.

Le point de vue de la Cour trouve sa complétude lorsqu'on le rattache à l'arrêt *Lottomatica* [624] du 26 avril 1994. Par un raisonnement analogique avec la concession de travaux que la directive 89/440 distingue des marchés de travaux, la Cour va rejeter la qualification de concession de services alors même que le contrat par lequel l'État italien a confié à une entreprise l'informatisation du jeu de loto prévoit que « *le système en cause ne deviendra la propriété de cette dernière qu'au terme des rapports contractuels avec l'adjudicataire et que la rémunération de celui-ci sera constituée par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes* ».

Le raisonnement de la Cour, quoique critiquable, n'est pas dénué de pragmatisme. En effet, elle a considéré que si les critères constitutifs du marché public de fourniture ne sont pas totalement remplis, il est en revanche totalement exclu de qualifier le contrat en cause de concession en raison de l'inexistant transfert de responsabilité au cocontractant de l'administration. Pour ce faire, la juridiction européenne s'attachera à une démonstration minutieuse des éléments qui tendent à exclure un transfert de responsabilité [625]. La Cour de justice fixera définitivement sa jurisprudence sur l'articulation entre le risque et le marché public dans l'affaire dite des *Bus Wallons* du 25 avril 1996 [626] dans laquelle il rappelle que « *le prix est censé être évalué de telle manière qu'il couvre l'intégralité des coûts* ».

La doctrine postérieure n'a pas manqué, et à juste titre, de démontrer la singulière relation qui existe entre en le transfert de responsabilité, le transfert du risque et le mode de rémunération [627].

---

624 CJCE, 26 avril 1994, *Commission* c/ *Italie*, aff. C-272/91, concl. GULMAN, Rec. I-1409.

625 *Op. cit*., point 7 à 11 et le point 32.

626 CJCE, 25 avril 1996, *Commission* c/ *Belgique*, aff. C-87/94, Rec. I-2043.

627 F. LLORENS, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », art cit ; A. MÉNÉMÉNIS, « L'affermage d'un parking entre jurisprudence Telaustria et jurisprudence Teckal », *Droit administratif*, 1 décembre 2005, vol. 12, p. 22-25.

… / …

2. Le relâchement du lien entre le risque et l'origine exogène de la rémunération : l'objectivation du critère du risque de la concession

L'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005 marque une évolution de la politique jurisprudentielle du juge européen. Pour la première fois et sans ambages, la Cour se fonde explicitement sur le critère de la rémunération pour définir la concession de services. Pour qualifier de concession de service le contrat attribuant à un prestataire de services la gestion d'un parking public payant, la Cour va relever, en premier lieu, que « *la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné* » [628]. Elle retiendra ensuite la caractéristique principale de ce mode de rémunération qui nécessairement « *implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics* ». Dans une telle hypothèse, « *il s'agit, non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics* ». L'arrêt *Parking Brixen* est remarquable notamment en ce qu'il noue, selon l'expression de Frédéric Lombard, un lien irréfragable entre l'origine exogène de la rémunération et le risque [629] et ceci d'autant plus que, paradoxalement, les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott n'abordait pas ouvertement comme ses prédécesseurs le critère du risque. La logique est efficace et correspond à l'esprit de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Elle laissait néanmoins supposer que le risque économique était une exclusivité d'une rémunération par les tiers et ne pouvait découler d'une rémunération qui provient de l'autorité publique [630]. Cette lecture manichéenne du transfert ne correspond pas à la réalité économique des concessions. Consciente de la faiblesse du raisonnement, la Cour saisira l'occasion dans l'arrêt *Commission* c*/ Italie* pour affiner celui-ci en considérant que le paiement effectué par l'administration ne s'oppose pas à la qualification de concession à la condition que le concessionnaire se voit transféré le risque

---

628 CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec., CJCE 2005, I, p. 8585; *Contrats-Marchés publ.*, 2005 comm. 306, note G. ECKERT ; *AJDA* 2005, p. 2335, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT ; points 39 et 40.

629 F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 5 mai 2014, vol. 18, p. 15-18.

630 D.-A. CAMOUS, « L'arrêt Eurawasser marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession », \AJDA, 2010, p. 162-167.

… / …

d'exploitation [631]. Dorénavant précisé, le critère distinctif sera élargi aux marchés et concession de travaux [632]. Le glissement jurisprudentiel semble résolument s'opérer entre l'origine de la rémunération qui cède désormais le pas à la notion de transfert de risque envisagée de manière autonome [633]. Il faut toutefois noter que la jurisprudence de la Cour de justice va s'attaquer à la question du partage du risque dans son arrêt *Eurawasser* [634]. Cette décision est difficile d'interprétation. Sa portée divise la doctrine. Régression dommageable pour certains, source d'avancées notables selon d'autres l'arrêt ne laisse pas indifférent mais a le mérite d'aborder de manière complète les subtilités du mode concessif. En premier lieu, la Cour reprécise la nuance qu'elle avait apportée dans son arrêt *Commission* c/ *Italie* de 2007 en affirmant que le paiement par un tiers ne suffit plus à qualifier un contrat de concession s'il n'est pas accompagné du transfert du risque vers ce dernier. Autrement dit, alors que le paiement direct par le pouvoir adjudicateur caractérise le marché public, il faut nécessairement, pour qualifier une concession, que le paiement provienne d'un tiers et que le risque d'exploitation soit transféré au concessionnaire. Cette présomption simple posée par le paiement par les tiers et renversable en l'absence de transfert de risque produit deux conséquences. Elle refocalise d'abord l'attention sur le critère de l'origine des ressources en tant que seul mode de rémunération pouvant conduire à une qualification de concession. Cette position réductrice était en déphasage avec la jurisprudence nationale qui privilégiait le critère de transfert du risque d'exploitation indépendamment de l'origine des ressources [635]. Cette divergence s'accentua ensuite s'agissant de l'hypothèse de la qualification d'un contrat avec un paiement direct par le pouvoir adjudicateur accompagné d'un transfert du risque au cocontractant. Alors que la rédaction du point 51 de l'arrêt *Eurawesser* est sans équivoque, les juridictions nationales du fond étaient, eux, amenées à qualifier certains contrats de délégation de service public alors même que le versement de la rémunération est directement assuré par la personne publique [636]. La Cour reste toutefois fidèle à sa

---

631 CJCE, 18 juillet 2007, *Commission* c/ *Italie* aff. C-382/05 Rec., CJCE 2007, I, p. 6659 ; *Contrats-Marchés publ*., 2007, comm. 238 note ZIMMER ; *AJDA* 2008, p. 2346, note EGLIE-RICHTERS, point 34.

632 CJCE, 18 novembre 2008, *Commission* c/ *Italie* aff. C-437/07, préc., points 29-31.

633 F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession », art cit.

634 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha* c/ *Eurawasser*, Rec, CJCE 2009, I, p. 8377 ; *AJDA* 2009, p. 1637, *Contrats-Marchés publ*. 2009, comm. 329, W. ZIMMER.

635 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc.

636 CAA Paris 16 décembre 2008, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 07PA00954 *Contrats-Marchés publ*., 2009, comm. 96, note E. DELACOUR.

… / …

jurisprudence qui fait du critère du transfert du risque, même limité [637], l'élément central de la *summa divisio* des contrats publics. L'arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentrannsport Stadler* du 10 mars 2011 permettra au juge européen de cristalliser le critère du risque économique d'exploitation et de définir les modalités d'établissement de ce dernier.

B. La normalisation du critère du risque par le droit européen

Initialement absence des dispositions textuelles européennes (1), le risque, appréhendé en tant que critère distinctif de la concession, a été intégré et défini par la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (2)

1. La présence limitée du risque dans les textes européens

C'est par la directive 89/440 modifiant la directive de 1971 [638] que la concession des travaux a été, pour la première fois, définie au niveau communautaire. Bien qu'elliptique [639], la démarche n'en comportait pas moins des avantages. La concession de travaux était, d'une part, reconnue comme un contrat dont la spécificité exigeait qu'elle soit différenciée des marchés publics et d'autre part, soumise à des obligations de publicité [640]. Cette définition qui sera reprise par la directive 93/37 du 14 juin 1993 [641], puis élargi à la concession de services par la directive de 2004 distingue le marché public de travaux de la concession de travaux et de services en fonction de la contrepartie de la prestation. Dans la concession, « *la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ». Cette approche

---

637 CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha* c/ *Eurawasser*, préc. ; CJUE, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA* c/ *Latgales planosanas region, Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 8, obs. W. ZIMMER. ; CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14, C. BENELBAZ, « Qualification de concessions de services », *JCP A*, 5 octobre 2015, vol. 40, p. 29-29 ; M. UBAUD-BERGERON, « La qualification des concessions en droit de l'Union », *Contrats-Marchés publ.* s, 1 juillet 2015, vol. 7, p. 24-26.

638 Article 1er d) de la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

639 L. RICHER, *L'Europe des marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, p. 205.

640 L'exposé des motifs de la directive : « *Considérant que, compte tenu de l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la directive 71/305/CEE des règles de publicité en la matière* ».

641 Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE* n° L 199, 9 août, p. 54.

… / …

extensive de la contrepartie consistant pour le concessionnaire à percevoir des redevances ou à bénéficier d'un paiement public, voire la combinaison des deux se focalisait exclusivement sur le critère de l'origine de la rémunération. Mais, le risque y était absent. Les premières références à la notion de risque sont apparues au début des années notamment dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures de service et de travaux présentée par la Commission le 11 juillet 2000 [642]. Elles se bornaient à justifier l'utilisation par les pouvoirs adjudicateurs de la procédure négociée lorsqu'ils étaient objectivement incapables, compte tenu de la complexité inhérente à certains achats, d'évaluer la solution économiquement la plus avantageuse et rencontreraient des difficultés à élaborer un modèle de partage des risques. La directive 2004/18/CE qui « *comporte et le terme* [643] *et* [surtout un certaine] *idée* [du] *risque* » [644] tant dans l'exposé des motifs qu'à l'article 30 n'illustre pas davantage la volonté de l'établir en tant que critère de la concession.

2. Le prise en compte par les directives du risque comme critère d'individualisation de la concession

L'émergence du risque à la fois comme élément de définition et critère distinctif entre la concession et les marchés publics coïncidera avec la volonté des instances européennes d'autonomiser ce type de contrats afin de soumettre leur passation à un ensemble d'obligations. Déjà, dans sa communication du 15 novembre 2005 [645], la Commission relève qu'eu égard au risque d'insécurité juridique découlant de « *l'exclusion des concessions de services qui sont souvent utilisées pour des projets complexes et de grande valeur de la législation communautaire secondaire* », une initiative législative « *qui couvrirait à la fois les concessions de travaux et de services,* et qui *fournirait une délimitation claire entre les concessions et les marchés publics* » doit être envisagée. Pour la Commission : « *par rapport aux marchés publics, la principale différence réside dans le risque qui est inhérent à une telle exploitation et que supporte le concessionnaire*

642 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de service et de travaux, 11 juillet 2000, COM (2000) 275 final-2000/0115(COD), *JOCE*, 30 janvier 2001/ C 29 E/111.

643 L'article 47 de la directive 2004/18/CE.

644 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 170.

645 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 15 novembre 2005 /* COM/2005/0569 final.

… / …

fournissant généralement les moyens financiers nécessaires pour au moins des parties des projets pertinents » [646]. C'est à la suite de cette communication et des consultations que la DG Markt [647] a proposé une définition de la concession qui, même s'il elle reste largement similaire à la définition issue de la directive 2004, s'inspire de la jurisprudence européenne à propos du droit d'exploiter. En effet, pour la direction marché intérieur, le droit d'exploiter « *implique un transfert au concessionnaire d'une partie substantielle des risques à l'exploitation de l'ouvrage /service* ». Elle précise aussi que « *le prix payé par le pouvoir adjudicateur pour les travaux effectués ou les services fournis ne doit pas éliminer une partie substantielle des risques inhérents à l'exploitation* ». Cette définition a été complètement remaniée, autonomisée avec la proposition de directive de la Commission sur l'attribution de contrats de concession du 20 décembre 2011 [648], et ne porte plus aucune référence aux marchés publics [649]. La proposition apporte une définition plus précise de la notion de concession, en référence à la notion de risque opérationnel. [650]. Le texte final de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession réaffirme clairement l'importance du risque dans la concession. Il en ressort que le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui « *implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique* » [651], permet de caractériser la concession de service ou de travaux. En cela, la directive fige la jurisprudence européenne relative l'identification et à la spécificité de la concession.

---

646 Communication de la Commission concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, préc. Point 3.2.

647 Direction marché intérieur de la Commission de l'Union Européenne.

648 Proposition de directive du parlement européen et du conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux /* COM/2011/0895 final - 2011/0439 (COD) */.

649 La proposition de directive définit en son article 2, § 1. (4) et (7) la concession de travaux de « *contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et une ou plusieurs entités adjudicatrices, dont l'objet est l'exécution de travaux, la contrepartie de ces travaux étant soit uniquement le droit d'exploiter les travaux qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un paiement* » et la concession de services de « *un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices, dont l'objet est la fourniture de services autres que ceux visés aux points 2) et 4), la contrepartie de ces services étant soit uniquement le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit ce droit accompagné d'un paiement* ».

650 Proposition de directive, article 2, § 2. : « *Le droit d'exploiter les travaux ou services implique le transfert au concessionnaire de l'essentiel du risque opérationnel. Le concessionnaire est réputé assumer l'essentiel du risque opérationnel lorsqu'il n'est pas certain de recouvrer les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il encourt lors de l'exploitation des travaux ou services qui font l'objet de la concession* ». Elle précise aussi quels types de risques sont considérés comme des risques opérationnels.

651 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, préc. Considérant 18 ; article 5-1.

Toutefois, cette référence au risque n'est pas directement établie. Elle procède prioritairement de l'octroi du droit d'exploitation qui doit en principe impliquer un transfert de risque opérationnel. Le risque est présenté finalement comme un critère par ricochet de la concession.

CHAPITRE II.
L'INSUFFISANCE EXPLICATIVE DE LA CONCESSION PAR LE RISQUE D'EXPLOITATION

Le risque, devant permettre de distinguer les concepts de concession et de marché public, a donné lieu à des interprétations divergentes. La directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession tente d'apporter une solution à cette situation. L'ordonnance de transposition du 29 janvier 2016 offre, en droit interne, un encadrement inédit aux contrats de concession, lequel se trouve unifié autour de la notion centrale du risque. L'ensemble de ces textes normatifs fait désormais du risque le « *législatif ultime d'identification des contrats de gestion déléguée* » [652]. Ils précisent le critère du risque d'exploitation tant dans sa définition que dans ses fonctions. L'exaltation à l'unisson du critère du risque d'exploitation démontre que le critère de la rémunération est bel et bien dépassé.

Pour autant, le succès du critère du risque d'une part, dans la distinction de la *summa divisio* contractuel, et d'autre part, dans l'identification de la concession ne doit pas occulter le difficile processus de son admission dans le système juridique européen et français. Aussi, sa consécration ne doit pas conduire à faire l'économie d'une analyse relative à sa maturité.

Le critère du risque d'exploitation ne saurait être de nature à garantir, en toutes hypothèses, la stabilité de la distinction entre la concession et le contrat de marché public dans la mesure où sa proclamation ne l'investit pas mécaniquement de toutes les capacités explicatives du mécanisme concessif. Le manque de maturité du risque d'exploitation s'observe, tout d'abord, par la relativité de sa définition **(Section I)**. Elle s'observe ensuite à travers les difficultés de détermination de la consistance du risque effectivement transféré face aux mécanismes tendant à le minorer **(Section II)**.

652 Th. PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 237-252, préc.

SECTION I.

LA RELATIVITÉ DE LA DÉFINITION DE LA CONCESSION PAR LE RISQUE D'EXPLOITATION

La consolidation du risque d'exploitation dans l'individualisation de la concession est un processus qui est confronté à des difficultés tant endogènes qu'exogènes. Sur le plan interne, le risque d'exploitation n'a pas achevé sa révolution. Elle est encore soumise à des turbulences définitionnelles (§ 1). Sur le plan externe, le risque d'exploitation est encore à la recherche des éléments de son autonomie (§ 2).

§ 1. LE RISQUE D'EXPLOITATION, UNE NOTION EN RECHERCHE DE COHÉRENCE

La doctrine de ces deux dernières décennies, au gré des arrêts, s'est systématiquement posée la question de la place du risque dans la définition de la concession. Elle s'est, en revanche, moins pencher sur la question de la définition du risque dans la concession (A). C'est finalement le choix d'une conception négative du risque qui a émergé (B).

A. Les raisons de l'absence de définition de la notion de risque d'exploitation

Le maniement du critère du risque d'exploitation ne va pas sans poser quelques difficultés. S'il est remarquable que le critère du risque ait connu, durant ces dernières années, une fulgurante ascension au sein des éléments de définition des contrats publics, il garde tout de même, malgré de substantiels efforts doctrinaux et jurisprudentiels tendant à le délimiter et à le définir, une part d'ombres.

Dans un premier temps, la difficulté à saisir le critère du risque a favorisé la réticence des juridictions administratives à s'y référer [653]. Cette logique, confortée par le législateur en 2001 qui retiendra le critère de la rémunération s'explique aisément. Si l'application du critère du risque comporte incontestablement, comme l'a démontré Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt *SMITOM*, une avancée par rapport au critère de la rémunération, elle induit, en revanche, une désarticulation de la notion de délégation de service public. En effet, comme le rappelle à juste titre dans sa thèse S. Gherzouli : « *la notion de délégation de service public consiste en la dénomination d'une catégorie de contrats*

653 Th. DAL FARRA, « Risque juridique et contrats de partenariat », *CP-ACCP*, 2004, n° 36, p. 31.

… / …

lesquels recouvrent respectivement une définition et des caractéristiques propres » [654]. Au sein de cette catégorie plurielle, le risque constituait une donnée hétérogène, suffisamment variable pour ne pas être en adéquation avec la construction législative issue de la loi Sapin. Ce risque d'instabilité de la délégation de service public était d'autant plus avéré que par application du critère de rémunération [655] et par prolongement, celui du risque, le contrat de gérance ne peut être qualifié de délégation de service public [656]. Assurément, la cristallisation du critère du risque d'exploitation par la directive « concessions » et sa transposition en droit interne ne manqueront, sous les auspices du pouvoir d'interprétation du juge administratif, de réduire le champ matériel de la délégation de service public [657].

Dans un second temps, on relève, après sa consécration comme critère central de la concession, que le risque n'a pas de définition juridique. La tendance, selon le professeur Thomas Pez, est de « *parler du risque sans jamais chercher à le définir* » [658]. On rejoindra le professeur François Llorens qui considérait déjà en 2005 que « *le risque d'exploitation fait l'objet d'une approche plus intuitive que rigoureuse et s'avère en définitive introuvable* » [659]. Le risque se caractérise plus qu'il ne se définit. En effet, si l'influence du critère du risque se conçoit aisément, notamment dans l'articulation entre le marché public et la délégation de service public, son identification semble moins relever de l'application par les juge d'un ensemble d'éléments ou d'indices homogènes et cohérents. Cette subjectivisation du risque, caractéristique des jurisprudences européennes et nationales, a été longtemps un frein à l'élaboration de la définition du risque. Aussi, le glissement sémantique opéré entre la « *rémunération substantielle* » et la « *part significatif du risque d'exploitation* » d'une part, et l'approche initiale de la juridiction administrative qui tendait à les considérer dans la l'arrêt *Département de la Vendée* comme des critères consubstantiels, d'autre part, interroge sur le caractère unitaire du critère.

---

654 S. GHERZOULI, *L'influence du droit de l'Union européenne sur l'évolution de la gestion déléguée des services publics*, École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques, Aix-en-Provence, France, 2012, p. 134.

655 Réponse ministérielle n° 21777, *JOAN* Q 22 janvier 1996, p. 380

656 CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *BJCP* 1999, p. 460, concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 1999, p. 517.

657 Ce fut déjà le cas dans l'affaire CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux/Commune de Roanne*, aff. C- 220/05, concl. KOKOTT, JOUE C 56, 10 mars 2007, AJDA 2007, p. 167.

658 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 4.

659 F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », art cit.

… / …

Indéniablement, le risque d'exploitation comporte une part d'indétermination [660]. Indéfini par les juridictions administratives et européennes, tout comme par la directive Concessions, le critère du risque d'exploitation est susceptible de recouvrir une diversité de réalités économique non figées. On peut, certes, arguer du fait que la directive souligne que le risque d'exploitation comprend le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux, ce qui constitue une avancée dans la circonscription des risques à prendre en compte. Pourtant, il est légitime de considérer que cette typologie du risque n'est pas exhaustive [661] et que, *in fine*, il appartiendra aux juridictions nationales d'avancer avec une précision plus importante les différentes natures de risque d'exploitation.

B. Le choix d'une conception négative du risque d'exploitation, limitative de ses propriétés explicatives

Il convient, une fois que le risque est conçu de manière négative, de rechercher sa source notionnelle (1). Toutefois, il est bon de préciser que malgré l'identification de l'idée projetée par le terme de risque, sa conception négative pose rend difficile son application (2).

1. Le risque d'exploitation : hasard, perte de chance, incertitude ou aléa économique ?

Il est tout de même piquant de constater que la directive 2014/23/UE propose l'esquisse d'une conception du « *risque d'exploitation assumé par le concessionnaire* » qui reprend l'esprit de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, « *le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession* » [662]. On comprend aisément que pour le triangle institutionnel européen, le risque est une incertitude. Cette incertitude pouvant s'identifier à l'aune de son objet et de son champ d'intervention. Les travaux d'un colloque publié en 2014 et animé par le Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier définit le risque comme

660 F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession », art cit.

661 *Ibid.*

662 Article 5-1 directive 2014/23/UE.

… / …

« un évènement, un facteur ou une influence qui menace la bonne marche du projet en agissant sur les délais, les couts ou la qualité des prestations réalisées » [663].

Idéologiquement, le risque d'exploitation est une des formes de l'aléa. C'est en effet de manière indirecte et au travers de la catégorie des contrats aléatoires que les articles 1108 et 1964 du Code civil envisage la structure complexe de l'aléa, définie synthétiquement par G. Cornu comme « *élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés* ». En cela, le risque d'exploitation et l'aléa sont deux notions proches en ce qu'ils constituent une incertitude affectant « un évènement incertain » [664]. Or, une certitude n'est pas un risque, pas plus qu'une incertitude d'ailleurs.

L'approche économique nous enseigne que dans la certitude, il n'y a qu'un choix possible dont la probabilité de réalisation est totale. En situation d'incertitude, la probabilité de survenance des différents résultats relève de l'inconnu. Plusieurs *scénarii* sont réalisables mais la possibilité de leur survenance est impossible à estimer. Pourtant, l'incertitude économique n'existe pas dans la concession tout comme la certitude ne l'est dans les marchés. Tous les contrats publics exigent de la part du pouvoir adjudicateur, au stade de la conceptualisation, qu'il évalue préalablement les données contractuelles. Ensuite, la recherche de l'équilibre financier du contrat exclut, en soit, un certain nombre d'incertitudes techniques et financières au travers d'évaluations, de simulations et d'estimations. Enfin, la nomenclature des procédures de publicité et de mise en concurrence participe, dans le cadre des contrats complexes, de la maîtrise des risques et de leur répartition.

Il résulte de cette démonstration que le certain, l'incertain et le risque expriment, chacun, une réalité différente. Le risque n'est pas la certitude pure. Selon le professeur Thomas Pez, en situation de risque, « *il existe plusieurs résultats possibles, et l'on s'efforce d'attribuer à chacun d'eux une probabilité de réalisation. Plusieurs scenarii sont réalisables mais, en utilisant l'approche probabilistique, il est possible d'attribuer à chaque scénario, à chaque* « état de nature » *une probabilité subjective d'occurrence* » [665]. Pour Georges Depallens et Jean-Pierre Jobard, la situation de risque

---

663 G. CLAMOUR et Ph. TERNEYRE, *Financement & contrats publics : les moyens juridiques à disposition des personnes publiques pour un financement optimal de leurs contrats publics*, Montpellier, France, Éditions du CREAM, 2014, 211 p.

664 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 14.

665 *Ibid.*, p. 16.

… / …

apparaît en réalité comme « *une situation dans laquelle on cherche à réduire l'incertitude* » [666]. Une telle affirmation semble être largement confirmée par la directive et l'ordonnance du 29 janvier 2016.

2. Les difficultés d'application de l'approche négative du risque d'exploitation

Seul, en définitive, l'absence de certitude (et non l'incertitude) pour le concessionnaire « *d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession* » est réputée constituer un risque d'exploitation. Cette conception du risque d'exploitation appelle deux remarques.

En premier lieu, elle est en phase avec l'acception selon laquelle les conséquences du risque sont perçues sous leurs aspects négatifs. Elle est appréhendée comme une éventualité malheureuse contrairement à l'aléa dont l'équivalent dans les contrats aléatoires consiste, soit dans une chance de gain, soit dans un risque de perte [667]. Ce parti pris de la directive s'illustre aussi en droit français [668], s'agissant des contrats administratifs, dans lesquels l'acception négative du risque a trouvé un terreau fertile. En effet, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle, des sanctions coercitives [669] ou résolutoires [670] pour manquement aux obligations contractuelles par le cocontractant ou des clauses contractuelles relatives à la répartition des risques [671], la notion de risque ne profite pas à celui qui l'assume.

En second lieu, il faut signaler qu'une certaine philosophie doctrinale n'a pas manqué d'inviter à une prise en compte du risque sous sa forme positive. Le risque d'exploitation est une variation à la hausse ou à la baisse de l'économie du contrat en fonction de l'aléa du marché. Les illustrations de Chardenet dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de*

---

666 G. DEPALLENS et J.-P. JOBARD, *Gestion financière de l'entreprise*, Paris, France, Sirey, 1997, p. 117.

667 Article 1964-2 du Code civil.

668 Article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

669 S'agissant de la mise sous séquestre d'un contrat d'affermage « aux frais et risques » du fermier : CE, 26 mai 1989, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 45158. S'agissant de la mise en régie d'un marché : CE, 18 mai, 1988, *Société Monin ordures services*, n° 67294 ; CAA Bordeaux, 31 octobre 2013 *Société Constructions guyanaises*, n° 13BX00244.

670 C'est le cas de la résiliation pour faute, aux torts et risque du cocontractant, CE, 12 janvier 2005 *Sarl Revnor*, n° 264752. CAA Paris, 29 juin 2010, *Société brasseur démolition*, n° 08PA0426.

671 CE, 18 février 1983, *Société française du tunnel routier du Fréjus et autres*, n° 16913 17009.

… / …

Bordeaux sont brillantes [672]. Elles empruntent leur clarté à celles de Romieu sur l'arrêt *Compagnie départementale des Eaux* [673]. G. Jèze s'y réfère volontiers lorsqu'il affirme que « *tout contractant court des chances de pertes ; il n'y a pas que des chances de gains* » [674]. Les juridictions administratives inférieures ont admis cette bipolarité du sens du risque, prenant en considération aux lendemains de l'arrêt *Smitom* le fait que ce celui-ci puisse se caractériser par une diminution ou une augmentation de la rémunération du délégataire. C'est la logique qui résulte de l'arrêt rendu le 5 juin 2001 par la Cour administrative d'appel de Douai, relatif la gestion du service de distribution d'eau potable, qui retient que le risque d'exploitation peut être recherché dans la rémunération du gérant, « *susceptible d'être minorée ou majorée selon que le rendement du réseau est inférieur à 75 % ou supérieur à 85 %* » [675].

Cette formulation consacrée par le jugement *Société entreprise Michel Ruas/Ville de Colmar* du Tribunal administratif de Strasbourg [676] n'a toutefois pas connu une fortune heureuse comme le démontre l'arrêt rendu en appel [677]. Plus encore, on a pu constater dès 2006 un retour à la représentation négative de l'idée du risque d'exploitation sous l'empire du conseil d'État. Même si le terme de risque n'est pas employé explicitement dans l'arrêt *Commune d'Andeville*, le raisonnement suivi par la Haute juridiction administrative pour qualifier un contrat de délégation de service public, apporte un certain nombre d'enseignants. En effet, outre l'objet du contrat, c'est la variabilité de la rémunération qui a conduit à cette qualification [678]. Pour le commissaire du gouvernement

---

672 CHARDENET, conclusions sur CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, Rec. ; p. 125-143

673 ROMIEU, conclusions sur CE, 20 janvier, 1905, *Compagnie départementale des Eaux*, Rec., p. 60.

674 G. JÈZE, « Théorie générale des contrats de l'administration » dans *Principes généraux du droit administratif*, Paris, France, LGDJ, 1934, vol. 3/ p. 55 et 468.

675 CAA Douai, 5 juin 2001, *Société des ateliers de mécanique du pays d'Ouche*, nº 87DA10602.

676 TA Strasbourg, 15 septembre 2000, *Société entreprise Michel Ruas/Ville de Colmar*, *Contrats-Marchés publ*., 2001, comm. nº 7 note F. LLORENS.

677 Voir CAA Nancy, 13 mai 2004, *Ville de Colmar*, n° 00NC01328.

678 CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville* n° 289234, *AJDA* 2006, p. 2340, concl. D. CASAS : « *si le cocontractant de la Commune d'Andeville perçoit une rémunération fixe versée par la commune, les trois-quarts de ses recettes, environ, sont constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales* » ; CE, 19 novembre 2010, *Marc Dingreville et Estelle Dingreville*, *BJCP* 2011, p. 95, concl. B. DACOSTA ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 22, obs. G. ECKERT : « *que ce contrat accordait à la société une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable calculée en fonction des écarts entre le budget prévisionnel et le budget réalisé, la rémunération globale étant susceptible d'être inférieure aux dépenses d'exploitation ; que le cocontractant supportait ainsi un risque d'exploitation* ».

… / …

D. Casas, « *la question est évidemment de savoir si les ressources de l'exploitant reposent substantiellement sur les résultats de l'exploitation* ». Il explique que « *derrière cette formule toute faite et maintes fois reprise, il y a l'idée que si le délégataire tire une part sensible de ses ressources des résultats de l'exploitation et non d'un prix qu'on lui versera quoi qu'il arrive, c'est qu'il exploite à* « ses risques et périls » *ou, en tout cas, assume une part importante du risque économique lié à l'exploitation* ». Le risque d'exploitation n'est perçu que par le prisme du déficit de recettes qu'il est susceptible d'engendrer pour le délégataire [679]. C'est cette vision qui fera *florès*, exalté par la jurisprudence *Département de la Vendée* [680] et légalisé par l'article 5-1 de la directive du 26 février 2014.

§ 2. L'AUTONOMISATION INACHEVÉE DU RISQUE D'EXPLOITATION

Outre l'absence d'une définition du critère du risque, le doute persiste toujours sur ce que Denis Moreau nomme « *l'assiette de calcul du risque* » [681]. Sa détermination est d'importance. L'assiette de calcul du risque permet d'une part de circonscrire le risque d'exploitation et d'autre part, de le distinguer des autres risques du contrat [682]. La question de l'origine, de la nature et de l'intensité du risque d'exploitation a fait l'objet d'un traitement juridictionnel important avec des approches différentes illustrant *in fine* à la fois l'imparfaite autonomisation du risque d'exploitation (A) et sa relative fongibilité source d'insécurité juridique (B), ce qui semble paradoxal au regard des objectifs de la directive.

A. La difficile détermination du risque d'exploitation

Le processus de caractérisation du risque d'exploitation par le juge administratif s'est initialement fondé autour d'une approche quantitative du déficit financier pour déterminer

---

679 CAA Paris, 25 mars 2010, *Association Paris-Jean Bouin et Ville de Paris* : *Dr. adm*. 2010, comm. n° 93, note F. BRENET ; *Contrats Marchés publ*. 2010, comm. n° 189, note G. ECKERT ; AJDA 2010. 774, note F. LELIÈVRE : Le risque d'exploitation est les délégations « *dans lesquelles le délégataire court un risque en cas d'insuffisance des résultats de son exploitation* ».

680 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc. Voir aussi CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement-santé*.

681 D. MOREAU, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 25 août 2003, vol. 27, p. 1418-1425 ; F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession », art cit ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Droit et risque n° 6 (2e partie) », *Les Petites Affiches*, 1 avril 2015, vol. 65, p. 5-12 ; S. DYENS, « La proposition de directive « concessions » et la loi « Sapin » sont-elles fondamentalement compatibles », *AJCT*, 2012, p. 604.

682 Ces risques, par leur diversité, feront l'objet d'une analyse approfondie dans notre seconde partie.

… / …

la nature du risque transféré. C'est ce qui résulte de la jurisprudence qui procède à la détermination du risque d'exploitation au travers soit, de la quantification en pourcentage du déficit en se fondant sur une comparaison entre les recettes aléatoires et les recettes prévisionnelles totales de l'exploitant [683], soit de l'estimation du déficit par déduction des charges des recettes prévisionnelles [684]. Pourtant, cette position ne fut pas majoritaire en ce que plusieurs autres juridictions administratives ont pu adopter une conception extensive de la notion de risque d'exploitation en admettant que sa complétude ne peut provenir de la seule probabilité d'un déficit financier [685]. La doctrine de son côté s'est essayée à une typologie des risques susceptibles d'être identifiés dans un contrat de délégation de service public [686].

La jurisprudence nationale connaîtra toutefois une inflexion face à l'insuffisance de l'approche quantitative à déterminer le risque d'exploitation. Elle s'attachera à la variabilité des recettes pour conclure à l'existence d'un risque d'exploitation [687]. Comme le fait remarquer S. Nicinski, « *il faut que dans cette circonstance le montant des recettes soit suffisamment variable pour qu'il existe un risque substantiel de moindre niveau de recettes* » [688]. S'il est aisé d'affirmer que ce nouveau paradigme, cristallisé par l'arrêt *Département de la Vendée*, illustre l'adhérence conceptuelle de la jurisprudence administrative à l'approche européenne du risque d'exploitation, il est loisible de remarquer l'existence de divergences quant aux éléments à prendre en compte dans sa recherche. C'est véritablement un accord *a minima* qui exclut semble-t-il l'harmonisation des modalités entrant dans l'identification du risque d'exploitation.

---

683 CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre-Ouest Seine-et-Marnais* (SMITOM), concl. C. BERGEAL, *AJDA* 1999, p. 715 ; *RFDA* 1999, p. 1147, note L. VIDAL.

684 CAA Marseille 5 mars 2001, *Département du Var*, AJDA 2001, p. 968 ; *BJDCP*, n° 20, p. 46, concl. J.-Ch. DUCHON-DORIS ; TA Dijon, 14 novembre 2000, *Préfet de la Nièvre* c/ *Ville de Nevers*, *Dr. adm*. 2001, p. 27.

685 CAA Paris, 24 janvier 2005, n° 00PA00985, *Province des Iles Loyauté* : Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 162, note G. ECKERT ; CAA Versailles, 14 septembre 2006, 04VE03566, *Société Avenance enseignement et santé* : *BJCP* 2006, n° 50, p. 23, concl. BRUNELLI, *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 233, note G. ECKERT.

686 B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, France, Presses de Sciences Po : Dalloz, DL 2004, 2004, xxv+601 p ; J.-B. VILA, « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », *Droit administratif*, novembre 2014, n° 11, étude 17.

687 CAA Marseille, 13 avril 2004, *Ville de Marseille*, n° 00MA00393, *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 148, note G. ECKERT ; *CP-ACCP* 2004, n° 35, p. 18 ; CAA Nantes, 2 décembre 2005, n° 04NT01327.

688 S. NICINSKI, « Critères de distinction, Droit des marchés publics » : *Le Moniteur*, II.520.1.1.

… / …

L'analyse générale de la jurisprudence de la Cour de justice laisse supposer que la mise en place des critères homogènes d'identification du risque d'exploitation est d'une importance moindre que les caractéristiques auxquels le risque d'exploitation doit répondre. L'affaire *Eurawasser* [689] fige, d'une certaine manière, la position du juge européen à ce sujet. La méthode d'appréciation du risque est empreinte d'une forte subjectivisation. Le risque d'exploitation ne s'apprécie pas de la même manière dans les secteurs touchant à des activités d'utilité publique ou dans des secteurs incluant un droit exclusif d'exploitation. Confrontée une nouvelle fois dans l'affaire *Kansaneläkelaitos* à la question de la qualification de concession de services, la Cour rappelle en application de la directive 2004/18, l'importance du transfert du risque d'exploitation « *même si ce risque est très limité, pourvu que le pouvoir adjudicateur ait transféré au concessionnaire l'intégralité ou, tout au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt* » [690].

Ce faisant, la Cour raffermit le processus de l'autonomisation du risque dont les signes d'amorçage semblent avoir débutées dès 2005. Ainsi, dans l'arrêt *Conte e. a* [691], la Cour apportait des précisions utiles sur la nature du risque d'exploitation qui doit être constitué « *des risques liés à la prestation du service en cause* ». Autrement dit, le risque d'exploitation doit être un risque inhérent à l'établissement du service et à son exploitation. Cette conception du risque était en accord avec celle habituellement présentée par la Commission dans ses communications interprétatives sur les concessions qui considère que « *le concessionnaire assume non seulement les risques liés à toute construction mais il devra supporter également les risques inhérents à la gestion et à la fréquentation de l'équipement* » [692]. Le rapport rendu par la Cour des comptes en avril 2005 sur les transports publics urbains propose, en se fondant sur ce socle, un panorama des risques susceptibles d'être rencontrés dans ces conventions. Elle distingue les risques en matière d'investissement des risques en matière d'exploitation [693]. La jurisprudence de la Cour de justice va privilégier en lieu et place de l'approche typologique, une approche

---

689 CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, préc., point 77, Voir aussi CJUE, 10 novembre 2011, *Norma-A et Dekom*, C-348/10, préc., point 45.

690 CJUE, 21 mai 2015, aff. C-269/14, *Kansaneläkelaitos*, point 32 ; C. BENELBAZ, « Qualification de concessions de services », *JCP A* (Administrations et collectivités territoriales), 5 octobre 2015, vol. 40, p. 29 ; M. UBAUD-BERGERON, « La qualification des concessions en droit de l'Union », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2015, vol. 7, p. 24-26.

691 CJUE, 27 octobre 2005, *Contse e.a*., C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22

692 Communication interprétative sur les concessions e droit communautaire, 2000, préc., C 121/3 b.

693 COUR DES COMPTES, *Les transports publics urbains*, p. 109-110.

… / …

pragmatique du risque d'exploitation. C'est ainsi que pour rechercher *in concreto* dans l'arrêt *Hans & Christophorus Oymanns* l'existence d'un risque d'exploitation, la Cour s'attachera dans un premier temps à déterminer l'origine des ressources du prestataire, qui dans le cas d'espèce, sont versées par la personne publique et non le patient. Puis, dans un second temps, pour démontrer l'absence d'un risque d'exploitation supporté par le prestataire, la Cour affirme qu'« *il faut considérer [...] que le prestataire est déchargé du risque lié au recouvrement des créances et à l'insolvabilité des débiteurs du fait que c'est la caisse publique d'assurance maladie et non pas le patient qui doit rémunérer le prestataire…* » [694].

Cette jurisprudence sera suivie quelques mois plus tard par l'arrêt *Eurawasser* qui fige, s'agissant du traitement juridictionnel du risque d'exploitation, une procédure à double étage. Le juge européen confirme sa fonction de juge de la nature du risque d'exploitation et fait du juge national le juge de l'appréciation de l'existence du transfert du risque. Sa politique jurisprudentielle consistera d'ailleurs à partir de l'arrêt *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* [695] à énumérer des situations de risques, puis à rechercher si le prestataire encourait véritablement l'un ou plusieurs de ces risques, attestant de ce fait de l'impossibilité d'enfermer le risque d'exploitation dans une classification juridico-économique rigide [696]. Le juge nous renseigne en revanche que la condition de l'origine du risque est un élément essentiel dans les modalités d'établissement du risque d'exploitation. En effet, le risque d'exploitation doit nécessairement être le fruit d'une exposition aux aléas du marché [697]. Cette exposition aux aléas du marché peut sans exhaustivité se traduire notamment par « *le risque de concurrence de la part d'autres*

---

694 CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, aff. C-300/07, point 69.

695 CJUE, 10 mars, 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, point 37, *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 147, obs. W. ZIMMER ; Dr. adm. 2011, comm. 45, obs. R. NOGUELLOU ; Europe 2011, comm. 170, obs. M. MEISTER ; AJDA 2011, p. 1013.

696 Pour un point de vue différent, voir R. NOGUELLOU, « La distinction marché de services / concession de services selon la Cour de justice », *Droit administratif*, mai 2011, n° 5, comm. 45 ; S. GHERZOULI, *L'influence du droit de l'Union européenne sur l'évolution de la gestion déléguée des services publics*, *op. cit.*, p. 156.

697 CJUE, 10 mars, 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, point 37, préc., CJUE, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA*, préc., point 48 ; CJUE, 21 mai 2015, aff. C-269/14, *Kansaneläkelaitos*, point 32, préc. : « *Un tel risque doit être compris comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché* ». Voir aussi CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, préc. point 67 : « *Si le pouvoir adjudicateur continue à supporter l'intégralité du risque en n'exposant pas le prestataire aux aléas du marché, l'attribution de l'exploitation du service requiert l'application des formalités prévues par la directive 2004/17 en vue de la protection de la transparence et de la concurrence* ».

… / …

opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service » [698].

La formulation de l'article 5 de la directive 2014/23 précisant que le risque d'exploitation « *comprend le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* » peut sembler au premier abord en déphasage avec la jurisprudence en ce qu'il propose une formule finie alors même que la Cour de justice est encore au stade de la découverte du champ matériel d'éclosion du risque d'exploitation. Cette situation dont la critique doctrinale n'a pas manqué de relever la ténuité [699], l'ambigüité [700] et de dénoncer « *l'approche très restrictive* » de la notion de risque d'exploitation. Pourtant, la formule choisie n'est pas anodine. Elle vise, de par sa double généralité, à anticiper les évolutions jurisprudence. Frédéric Lombard note d'ailleurs, faisant référence à la supposée tendance de la directive à restreindre le risque d'exploitation, qu'« *on peut être rassuré […] que la directive précise que le risque « comprend » ces types de risques ce qui suggère qu'il peut en comprendre d'autres* » [701]. On peut ajouter à cela que la panoplie des situations de risque lié à la demande et à l'offre et la possibilité de combiner les deux assurent une indéniable marge de manœuvre au juge européen. Cela n'est pas sans remettre en cause l'objectif de sécurité juridique sensé être assuré par la directive.

B. La persistance des sources potentielles d'insécurité juridique de la qualification des concessions

La détermination du risque d'exploitation présente deux types de problématiques dans la qualification des concessions. La première, d'ordre endogène, est relative l'absence de la prise en compte de la dimension économique du paramètre de la durée dans la détermination du critère du risque d'exploitation (A). La seconde, exogène, découle de l'insatisfaisante sécurité juridique que procure le critère du risque d'exploitation dans la qualification des concessions (B).

---

698 *Idem*.

699 F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession », art cit.

700 G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 1 août 2014, vol. 722, p. 3-12.

701 F. LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché / concession », art cit.

… / …

1. La neutralisation du paramètre de la durée dans la détermination du risque d'exploitation

L'influence réciproque qu'entretiennent la durée et l'investissement [702] se perçoit nettement à travers l'économie générale de la concession. L'on pourrait dès lors y entrevoir une relation logique avec le critère du risque d'exploitation.

En tant qu'acte de prévision, la durée est d'abord une source de risques. Il est possible de considérer qu'une durée longue aurait pour effet « d'évacuer » [703] le risque d'exploitation de la concession et qu'inversement, une durée trop courte caractériserait un risque d'exploitation plus étendu. Ces deux hypothèses, quoique plausibles, ne représentent que partiellement la palette des relations qui existent entre la durée et le risque d'exploitation. En effet, une concession plus longue peut tout aussi bien accroitre les incertitudes liées aux conditions économiques et techniques de sa réalisation. De même, une concession de courte durée peut décroitre les incertitudes par une variation à la hausse du prix du service ou des travaux qui peut être assortie de mécanismes de compensation financière telle que l'indemnisation. Cette analyse ne saurait toutefois être rigoureuse si elle ne prend pas en compte le niveau des obligations d'investissement du concessionnaire auquel il faudra adjoindre les différents paramètres pouvant influencer le risque d'exploitation. La durée contractuelle a, dès l'origine, constitué la temporalité dans laquelle s'émancipent les deux dimensions, positive et négative du risque. Elle en constitue, de ce fait, une composante naturelle [704].

Pourtant, ce n'est pas le moindre des paradoxes que de constater une évolution conceptuelle initiée par la directive 2014/23/CE concession, formalisée par l'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession. L'analyse comparative des définitions du risque d'exploitation et de la durée révèle des éléments de contradictions qui nous conduisent à considérer que les textes consacrent l'autonomie des deux notions.

Il convient, de prime abord, de retenir que ces deux concepts se construisent autour de la notion d'investissement, confirmant le rôle d'agrégat de cette dernière dans la détermination de l'économie générale de la concession. Comme abordé

---

702 Ces éléments seront analysés dans la deuxième partie de cette thèse.

703 A. GRAS, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif*, 1 juillet 2012, vol. 7, p. 15-22.

704 Sur les interactions réciproques entre risque et durée, voir T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 352 et suiv.

… / …

précédemment [705], l'importance des investissements constitue un élément de modulation de la durée contractuelle. Elle est aussi indissociable de l'appréciation de la rentabilité de la concession et de ce fait, de la détermination du risque d'exploitation [706].

D'une part, l'article 5 de la directive et le second alinéa de l'article 5 de l'ordonnance posent l'idée générale que le concessionnaire n'est réputé assumer le risque d'exploitation que lorsque, « *dans des conditions d'exploitation normales,* « *il n'est pas assuré* » [707] *d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* ». D'autre part, il est précisé au second alinéa de l'article 6 du décret du 1er février, transposant le second aliéna de l'article 18 de la directive que la durée maximale dans les concessions d'une durée contractuelle supérieure à cinq ans « *n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* ».

En d'autres termes, les modalités de détermination de la durée maximale reviennent à assurer au concessionnaire la certitude d'une durée de rentabilité de ses investissements, ce qui rentre en contradiction avec la notion du risque d'exploitation qui doit instaurer une incertitude [708], c'est-à-dire que le concessionnaire puisse « *potentiellement supporter un risque de pertes* » [709].

Il semble dès lors que la durée de la concession ne peut constituer une variable d'ajustement du risque d'exploitation. Cette affirmation est confirmée par la directive qui prône l'idée selon laquelle la durée contractuelle ne doit ni minorer ni majorer le risque d'exploitation. Elle doit constituer un élément neutre qui ne doit pas influencer le risque et par là, le régime juridique du contrat. Pour le droit européen, une durée courte doit être compensée dans la mesure où celle-ci n'élimine pas le risque d'exploitation [710].

La confirmation par le droit européen de la fixité de la durée d'une part, et de la neutralisation de son influence sur le risque d'exploitation, d'autre part, conduit à revisiter

---

705 Voir Section 2, § 2, A. du présent chapitre.

706 Voir Chapitre II.

707 La directive adopte la formulation non moins identique « *n'est pas certain* ».

708 Th. PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 237-252, préc.

709 S. BRACONNIER, « Regards sur le nouveau droit des concessions », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 4 avril 2016, vol. 14, p. 698-706.

710 Considérant 52 de la directive, préc.

certaines propositions doctrinales consistant à faire de la durée une donnée réelle du risque d'exploitation. Elle pose aussi la question de la légalité de sa pratique.

La durée initiale de la concession en droit français a fait l'objet d'un encadrement législatif et jurisprudentiel fondé sur deux principes. Premièrement, la durée de la concession est fondée sur un principe de proportionnalité entre les obligations mises à la charge du concessionnaire et l'effort financier consenti par lui. On a pu voir dans cette hypothèse le rôle joué par l'amortissement et la prévalence d'une interprétation jurisprudentielle souple de cette notion. Deuxièmement, la durée est une donnée nécessairement déterminée [711] dont la prolongation est limitée à des cas limitativement énumérés. Cet état du droit a fait l'objet de critiques notamment en ce qu'en établissant l'idée de fixité de la durée de la concession, il ne permettait aucune évolution ou adaptation de cette dernière [712]. Pour le professeur Thomas Pez, la fixité de la durée prive le contrat de concession d'un outil supplémentaire de modulation et conduit à faire reporter toute incertitude contractuelle sur le tarif et, en définitive, sur l'usager et le concédant [713]. Pour pallier ce manque de flexibilité, Ph. Cossalter propose d'appliquer à la concession une durée endogène. Celle-ci consiste, sur le fondement les travaux des économistes MM Engel, Fischer et Galetovic [714], à introduire « *une durée de concession variable en fonction des résultats financiers de l'exploitation* » [715]. En effet, très régulièrement, la forte incertitude de fréquentation ne permet pas au concessionnaire de s'assurer au moment de la passation du contrat une couverture effective de ses investissements rend souvent nécessaire une intervention du concédant. Dans le cadre

---

711 CE, 28 mai 2003, *Assistance publique*, *Hôpitaux de Paris*, n° 248429, *Contrats et Marchés publics*, septembre 2003, p. 26 ; V. HAÏM, D. PIVETEAU, « La durée d'une délégation de service public doit-elle être systématiquement indiquée dans l'avis d'appel public à la concurrence ? » *BJCP*, n° 30, sept. 2003, p. 385.

712 J.-B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 42-43, 417-420, 422-423.

713 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 354 et suiv.

714 E. ENGEL, R. FISHER, A. GALETOVIC, "*A new Mechanism to Auction Highway Franchises*", *Serie Economica,* n° 13, Universidad de Chile, nov. 1996 ; "Licitación de carreteras en Chile", *Estudios Pùblicos*, n° 61, 1996, p. 5 ; "Highway Franchising : Pitfalls and Opportunities", *American Economic Review, American Economic Association*, vol. 87(2), mai 1997, p. 68-72 ; "Infrastructure Franchising and Government Guarantees," in *Dealing with Public Risk in Private Infrastructure*, World Bank Latin American and Caribbean Studies : Viewponts, 1997, p. 89 ; "Least-Present-Value-of-Revenue Auctions and Highway Franchising," National Bureau of Economic Research, Working Papers Series, août 1998.

715 Ph. COSSALTER, « Les concessions à durée endogène », *Droit administratif*, 1 mai 2006, vol. 5, p. 4-9 ; Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 711.

… / …

d'une durée endogène, la concession s'ajuste ainsi au versement effectif perçu des usagers grâce à la variation du temps contractuel au lieu du tarif [716].

La durée constituerait, en se substituant à d'autres garanties, une atténuation du risque lié à la demande. Le concessionnaire s'en trouve ainsi protégé par la variabilité de la durée [717]. Toutefois, la consécration en droit national du critère du risque d'exploitation en lieu et place du critère de la rémunération substantielle [718], réduit nettement les possibilités de la mise en pratique de cette approche de la durée. On peut citer dans un premier temps, au nombre des obstacles, la structure rigide de la durée des concessions. Même si certains auteurs de la doctrine ont soulevé les difficultés que posera pour le concédant l'expertise de la valeur initiale prévisionnelle sur la base de laquelle la durée contractuelle sera déterminée [719], les nouveaux textes relatifs aux concessions disposent que la durée doit être déterminée en amont de la passation du contrat et tenir compte des modifications futures susceptibles de la prolonger. Les possibilités d'une prolongation de la durée lors de l'exécution du contrat sont limitées, voire impossibles si ce n'est sous le régime des avenants. Ensuite, la prohibition par les systèmes juridiques européens et nationaux des durées dépassant « *le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services* » amène à déclarer incompatibles la pratique des durées endogènes dans les concessions avec le droit de la concurrence et de la mise en concurrence.

2. L'absence de fiabilité de la qualification juridique fondée sur le risque

En adoptant une formulation qui s'avère *in fine* très extensive, la directive n'introduit-elle pas un cheval de Troie dans la définition de la concession ? Cette question nous semble légitime au regard des fonctions initiales attribuées au critère du risque d'exploitation. En effet, le risque d'exploitation joue, dans la conception européenne de la concession, à la fois la fonction d'élément substantiel de définition et de critère ultime de distinction de la concession vis-à-vis du marché public. Nonobstant son influence sur le choix du régime juridique applicable, la directive ne semble pas baliser suffisamment les modalités de sa découverte dans les contrats publics par le juge européen. Les risques

716 Ph. COSSALTER, « Les concessions à durée endogène », art cit.

717 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 352 et suiv.

718 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc.

719 J.-B. VILA, « L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégations de services publics », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 21 mars 2016, vol. 11, p. 43-50.

susceptibles d'être qualifiées de risque d'exploitation sont diverses, posant dès lors la question de la frontière entre les catégories contractuelles.

Les contrats de mobilier urbain sont illustratifs des difficultés de qualification susceptibles d'être induites par une trop large liberté d'interprétation du critère du risque d'exploitation. Ces derniers ont déjà mobilisé l'attention de la doctrine autour de la question de leur régime juridique. Étaient principalement envisagée, la qualification des contrats de mobilier urbain soit de concessions du fait du mode de rémunération, soit de conventions d'occupation du domaine public en application du décret-loi du 17 juin 1938. Le Conseil d'État rejettera successivement ses qualifications par des motifs désormais bien connus [720] pour ne retenir finalement dans un arrêt d'assemblée que celle de marché public [721]. La décision avait notamment innové en précisant que le critère onéreux, nécessaire à la qualification d'un marché public, n'est pas obligatoirement constitué par le versement d'un prix (en l'espèce abandon des redevances domaniales par la commune en contrepartie de l'exécution des prestations). Pourtant, la haute juridiction administrative reviendra sur cette qualification dans un important arrêt en date 15 mai 2013 par lequel il fait échapper le contrat de mobilier urbain de la soumission aux règles de publicité et de mise en concurrence, du fait de sa nature de convention d'occupation du domaine public. En effet, recentrant le débat autour d'une interprétation fine du critère de l'objet du contrat litigieux, le Conseil d'État affirme pour ne pas retenir la qualification de marché public que si « *l'affectation culturelle des mobiliers, résultant d'obligations légales, répond à un intérêt général s'attachant pour la Ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire, il est constant qu'elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte* » [722]. Le professeur S. Braconnier met en évidence la subtilité du raisonnement du Conseil d'État qui établit « *une distinction surprenante entre les contrats de mobilier urbain qui, répondant directement à des besoins communaux (information municipale, protection des usagers des transports contre les intempéries, etc.), doivent être considérés comme des marchés publics et ceux qui, tout en se rattachant à l'intérêt général culturel*

---

720 CE, 14 octobre 1980, n° 327449 : GACE 198, p. 148, comm. L. RICHER, préc ; Voir également nos développements précédents : Titre II, Chapitre I, Section I, § 1, A et 2.

721 CE, Ass., 4 novembre 2005, n° 247298, *Société Jean-Claude Decaux* ; Rec., p. 2005, p. 476 ; JCP A 2005, 1831, note F. LINDITCH ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 297, note J.-P. PIÉTRI ; *RFDA* 2005, p. 1083, concl. D. CASAS ; *RJEP/CJEG* 2006, p. 58, note F. LICHÈRE.

722 CE, 15 mai 2013, n° 364593, *Ville de Paris* ; *BJCP* 2013, p. 359, concl. B. DACOSTA, obs. R. S. ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 199, note G. ECKERT ; *AJDA* 2013, p. 1271, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *Dr. adm*. 2013, comm. 63, F. BRENET. ; *RLC* n° 2013/36, n 2351, comm. G. CLAMOUR.

… / …

porté par la ville, ne répondent pas directement aux besoins des « services municipaux » et forment, par conséquent, de simples conventions d'occupation du domaine public » [723].

Au demeurant, la nature juridique des contrats de mobilier urbain reste une question d'actualité à l'aune de la directive 2014/23 du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

D'abord, la consécration par la directive d'une notion extensive de la concession de services invite à une analyse de rapprochement avec les contrats de mobilier urbain. En effet, la concession de services déborde largement du cadre traditionnel de la délégation de service public [724], et est, de ce fait, susceptible d'intégrer en son sein les contrats de mobilier urbain. Cette position est en accord avec la jurisprudence administrative qui avait déjà reconnue que la distinction entre marchés et concessions ne se faisait plus sur le critère matériel, l'objet « service public » pouvant être réalisé aussi bien par un marché public que par une délégation de services publics [725]. Cette hypothèse est en outre régulièrement envisagée par la doctrine [726]. On se souviendra du conseiller d'État A. Ménéménis qui soulignait, dès 2006, la logique concessive inhérente aux contrats de mobilier urbain [727]. Cette hypothèse ne semble cependant pas être une cause entendue

---

723 S. BRACONNIER, « La qualification erratique des contrats de mobilier urbain », *Revue de droit immobilier*, 1 juillet 2013, vol. 7, p. 367-369.

724 G. KALFLÈCHE, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *Contrats et Marchés pub.*, 1 juin 2014, vol. 6, p. 17-20.

725 CE, 6 avril 2007, *Commune Aix-en-Provence*, n° 284736 : « *pour confier à un tiers un service public, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération du cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service* ».

726 L. RICHER, « Transposer c'est choisir », *Complément service public*, juillet 2014, p. 3 ; S. BRACONNIER, « La qualification erratique des contrats de mobilier urbain », art cit ; G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », art cit ; F. BRENET, « Le contrat de mobilier urbain peut être un simple contrat d'occupation du domaine public », *Droit administratif*, 1 août 2013, vol. 8, p. 33-36.« *On peut imaginer qu'un contrat de mobilier urbain, tel que celui qui était en cause dans le cas d'espèce, pourrait être qualifié de contrat de concession de service. Son objet s'y prête naturellement et sa logique économique également puisqu'il repose sur l'exploitation d'un ouvrage supportant une activité destinée à satisfaire l'intérêt général* ».

727 A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts *Société Jean-Claude Decaux* », *AJDA*, 23 janvier 2006, vol. 3, p. 120-129.« *…la concession permet à son titulaire d'exploiter une source de revenus à laquelle il n'aurait pas accès si une personne publique n'intervenait pas pour lui confier une mission ou autoriser l'exercice d'une activité, notamment sur son domaine. En ce sens, il nous paraît possible de soutenir que les contrats de mobilier urbain relèvent d'une logique concessive : la collectivité territoriale demande en effet au titulaire de réaliser et d'entretenir des ouvrages de mobilier urbain qui correspondent à ses besoins, mais elle le laisse les exploiter à des fins commerciales ; elle lui donne ainsi accès - à titre exclusif - à une source de revenus* ».

… / …

dans la mesure où elle pose le problème de l'identification du véritable service procuré à la personne publique par la convention de mobilier urbain [728].

Ensuite, le critère du risque n'est point un obstacle à la requalification des contrats de mobilier urbain. Une analyse de la structure de la rémunération dans ce type de contrat permet de s'en convaincre. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État relève que le cocontractant peut trouver, au moins partiellement, la contrepartie de la prestation qu'il fournit dans l'exonération de la redevance d'occupation du domaine public [729]. Il peut aussi trouver sa contrepartie, de manière exclusive ou en combinaison avec l'exonération de redevance domaniale, dans le droit d'exploiter l'ouvrage notamment à des fins publicitaires [730]. La contrepartie en nature est une forme d'onérosité dont l'admission par les juridictions nationales est constante pour justifier la qualification de marché public [731].

L'actualité jurisprudentielle récente démontre toutefois des signes d'une remise en cause de ces deux modalités de contrepartie dans la qualification de marché public.

En premier lieu, le Conseil d'État consacre une appréciation plus restrictive du critère l'abandon des recettes et par prolongement celui de l'onérosité. Pour les juges de la Haute juridiction, en dehors d'une renonciation contractuelle de la personne publique à percevoir des charges ou d'une perception de redevances domaniales inférieures à celles normalement attendues, « la *seule circonstance que l'occupant exerce une activité économique sur le domaine ne peut caractériser l'existence d'un abandon de recettes de la part de la personne publique* » [732]. Autrement dit, c'est à la double condition du droit d'exploitation de l'ouvrage associé à une renonciation formelle des redevances domaniales que se vérifie désormais le critère de l'onérosité [733]. De manière globale, le

---

728 Voir en ce sens H. LETELLIER et M. HAUTON, « Quelle qualification pour les contrats de mobiliers urbains ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mai 2015, vol. 154, p. 70-74.

729 CE, Ass., 4 novembre 2005, n° 247298, *Société Jean-Claude Decaux* ; préc.,

730 CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, Rec., 2006, p. 948, *BJCP* 2006, p. 268, *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 165, note G. ECKERT ; *Rev. adm*. 2006, A. MÉNÉMÉNIS, com. n° 149 ; *BJDCP* 2006, n° 47, p. 268, concl. D. CASAS et p. 272, obs. C. M.

731 CAA, Paris, plén., 17 octobre 2012, *Ville de Paris*, *AJDA* 2012, p. 2323, concl. S. DEWAILLY, *Contrats-Marchés publ.* 2012, n° 327, note G. ECKERT ; CAA, Paris 11 octobre 1994, *Editor Tennog* c/ *Commune de Houilles*, Rec., p. 663, *AJDA* 1994, p. 901, concl. J.-P. PAÎTRE ; *LPA* 26 juillet 1995, p. 38, note V. HAÏM ; CAA, Lyon 2 juin 2004, *Société Michel Charmettan communication*, *JCP* E 2004.1311.

732 CE, 15 mai 2013, n° 364593, *Ville de Paris*, préc.

733 Ch. ROUX, « La "déqualification" des contrats de mobilier urbain : un nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale », *Revue du Droit public*, 1 novembre 2013, vol. 6, p. 1403-1420 : « *le cocontractant n'est pas dispensé du paiement de redevances : la société n'est pas allégée de sa charge par la collectivité publique ; elle assure sa rémunération uniquement de*

… / …

juge considère à propos du critère financier en matière d'affichage publicitaire que le paiement par le cocontractant d'une redevance domaniale ou de charges crée une présomption en faveur de la « *déqualification* » en marché public. Cette présomption n'est renversée que par l'existence du caractère onéreux du contrat induit par le versement d'un prix par l'administration [734].

En second lieu, le Tribunal des conflits a opéré une évolution limitative de l'appréciation du caractère onéreux résultant de l'octroi au cocontractant d'un droit d'exploitation exclusif dans les contrats d'édition. Comme cela a été précédemment évoqué, c'est une jurisprudence fortement majoritaire, rappelée par la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, qui considérait que le caractère onéreux peut notamment résulter de l'autorisation donnée au titulaire d'un marché d'édition d'un bulletin municipal, de se rémunérer par les recettes publicitaires qui en sont issues et qui ont alors la nature de recettes publiques [735]. Dans un arrêt rendu le 7 avril 2014 et contraire aux conclusions du Rapporteur public, le Tribunal des conflits considère que le contrat d'édition d'un guide touristique conclu entre l'office municipal de tourisme de Rambouillet et la société Services d'Edition et de Ventes Publicitaires n'est ni un marché public, ni une délégation de service public dès lors que le contrat concède au cocontractant « *l'exploitation, à titre exclusif, de la publicité dans ce guide et prévoit que la société tirera sa rémunération de l'exercice de cette activité économique, en vendant des espaces aux annonceurs publicitaires* » [736]. On peut retenir de cet arrêt que le droit d'exploiter le service exclut la qualification de marché public. Il n'est en revanche pas à lui seul suffisant pour emporter qualification de délégation de service public en l'absence des critères issus de la jurisprudence *APREI* [737].

---

l'exploitation des colonnes publicitaires, c'est-à-dire auprès des annonceurs. Dans l'autre sens, la collectivité publique ne renonce à aucune recette et cette prestation n'entraîne aucune dépense à sa charge : il n'y a donc pas, directement ou indirectement, versement d'un prix ».

734 CE, 3 décembre 2014, n° 384170, *Établissement public Tisseo* ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; CE, 14 novembre 2014, n° 373156, *Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville* (*SMEAG*).

735 CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n° 301116. Voir aussi CAA, Paris 11 octobre 1994, *Editor Tennog* c/ *Commune de Houilles*, Rec., p. 663, *AJDA* 1994, p. 901, concl. J.-P. PAÎTRE ; *LPA* 26 juillet 1995, p. 38, note V. HAÏM ; CAA, Lyon 2 juin 2004, *Société Michel Charmettan communication*, *JCP* E 2004.1311.

736 T. confl., 7 avril 2014, *Société Services d'Edition et de Ventes Publicitaires* (*SEVP*) c/ *Office de tourisme de Rambouillet et Société Axiom-Graphic*, *BJCP* 2014, p ; 286, concl. M. GIRARD, obs. R. S. ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, n° 163, note G. ECKERT ; *Dr. Adm*. 2014, n° 49, note A. SEE ; *RJEP* 2014, n° 52, note Ch. MAUGÜÉ.

737 CE, sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (*APREI*) ; *AJDA* 2007. 793, chron. F. LÉNICA et J. BOUCHER ; *RFDA* 2007. 803, note C. BOITEAU ; *RDSS* 2007. 499, concl. C. VÉROT ; *ibid*. 517, note G. KOUBI et G. J. GUGLIELMI ; *RFDA* 2008. 67, note L. JANICOT.

On le voit bien, la précision jurisprudentielle de la notion de marché public au travers de la double réinterprétation du critère de l'objet et du critère de l'onérosité se fait davantage à la faveur d'une requalification de certains contrats dont la structure économique qui consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix milite pour une insertion dans la nouvelle catégorie de concession de services.

S'il est vrai du point de vue de l'économie du contrat que les contrats de mobilier urbain s'imbriquent parfaitement dans l'idée concessive, il est en revanche plus laborieux d'affirmer que le droit pour le cocontractant d'exploiter l'ouvrage/service ou ce droit assorti d'un prix implique un transfert de risque d'exploitation. Pourtant, on peut être enclin à répondre par la positive en fonction de deux éléments désormais cristallisés par la directive.

Premièrement, la conception extensive de la notion de risque d'exploitation permet de considérer le risque de ne pas trouver d'annonceurs comme un risque lié à la demande. Ce risque de concurrence, formellement consacré par plusieurs décisions du juge européen [738] est un risque d'exploitation même s'il est limité.

Deuxièmement, l'extensivité du critère du risque d'exploitation (et celui de l'objet de la concession) renforce la fongibilité des contrats d'affiches publicitaires en l'occurrence les contrats de mobilier urbain, les élevant au rang des contrats pouvant être qualifiés de marchés publics, de concessions domaniales ou même de concessions de services. Cette théorie trouve une illustration dans une récente ordonnance du Tribunal administratif de Toulouse, *Société Exterion Media*, par laquelle le juge des référés précontractuels qualifie un contrat de mobilier urbain d'information municipale de concession de services [739]. Une qualification similaire a également été implicitement confirmée par le Conseil d'État, lequel a eu à connaître de la procédure de passation d'une « *concession de services relative à l'exploitation de mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité* » [740].

---

738 Voir notamment : CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, aff. C-300/07, point 69 ; CJUE, 10 mars, 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09, point 37, préc., CJUE, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA*, préc., point 48 ; CJUE, 21 mai 2015, aff. C-269/14, *Kansaneläkelaitos*, préc., point 32.

739 TA Toulouse, ord., 10 août 2017, *Société Exterion Media*, n° 1703247.

740 CE, 5 février 2018, *Ville de Paris, Société des Mobiliers Urbains pour la Publicité et l'Information*, n° 416579 ; voir aussi : CE, 18 septembre 2017, *Ville de Paris* ; n° 410336, *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 259, obs. M. UBAUD-BERGERON. Pour une illustration positive, voir : CE, 25 mai 2018, *Société*

… / …

SECTION II.

LA CONSISTANCE DU RISQUE TRANSFÉRÉ : L'APPRÉCIATION *IN CONCRETO* DU RISQUE

Le transfert, sous-critère du risque d'exploitation est le parent pauvre des études juridiques consacrées à ce critère fondamental de la concession. Alors même que la jurisprudence n'a de cesse de le mentionner, il est presque absent des différentes analyses que la doctrine consacre à la question du risque. Pourtant, on ne peut se méprendre sur son importance dans la concrétisation du processus d'application du risque d'exploitation. L'absence de transfert neutralise irrémédiablement la qualification de concession. Il fait donc partie des deux sous-critères cumulatifs de la notion. Le premier sous-critère qui renvoie à l'identification du risque d'exploitation a captivé semble-t-il l'intérêt des théoriciens et ce, d'autant plus que, paradoxalement, les deux sous-critères ne répondent d'une part, ni à la même logique, ni aux mêmes modalités et d'autre part, ne relèvent pas du même juge (§ 1). Toutefois, il ne faut pas sous-estimer l'impact sur la consistance du risque d'exploitation des politiques d'amoindrissement de ce dernier (§ 2).

§ 1. LE TRANSFERT INTÉGRAL DU RISQUE D'EXPLOITATION

Sous critère important du risque d'exploitation, l'étude du mécanisme du transfert du risque est délaissée par les analyses doctrinales. Il est vrai que ce sous critère obéit, dans sa caractérisation, à des modalités particulières qui ne se laissent pas facilement appréhender (A). Ce sont finalement les conséquences de la constatation de son absence par le juge administratif qui révèlent son influence (B).

A. La caractérisation du transfert du risque d'exploitation par l'origine des ressources

Les modalités de caractérisation du transfert ouvrent des perspectives intéressantes. De la diversité des moyens utilisés, notre attention se portera particulièrement sur le

---

Philippe Vediaud publicité, n°416825 : « *le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public* ».

… / …

critère de la rémunération dont la nouvelle portée semble avoir été occultée par la doctrine. Cette analyse procèdera d'une lecture particulière de la jurisprudence des juges européen et national.

Le professeur Thomas Pez disait à propos du risque de non-paiement que « *s'il y a bien un risque qui différencie la délégation du marché public, ce devrait être celui relatif au recouvrement des redevances* » [741]. On serait bien tenté de le paraphraser. Parce que s'il y a bien un indice qui caractérise au mieux le transfert du risque d'exploitation dans la concession, c'est bien celui relatif à l'origine des ressources. En effet, une pensée encore largement répandue considère toujours le critère de la rémunération comme un élément primaire d'identification de la délégation de service public et de la concession. L'histoire et l'influence du critère militent pour cette vision des choses. Le juge lui-même, qu'il soit européen ou national, ne manque pas de s'en référer alors même qu'il a consacré un nouveau critère de la concession, au point de susciter des vives interrogations.

Cette opinion résulte de l'idée fausse d'une confusion des rôles entre le critère du risque d'exploitation et celui de la rémunération. La représentation historique de ce dernier conduit inévitablement à le cantonner à son rôle traditionnel. En réalité, la question de l'articulation entre le risque d'exploitation et le critère de la rémunération doit s'appréhender avec une nouvelle clé de lecture. L'utilisation par la jurisprudence de ces deux critères répond à des finalités différentes, mais ceux-ci constituent deux étapes d'une même procédure.

Dans l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour énonce déjà le principe cardinal qui gouvernera sa jurisprudence sur la concession lorsqu'il affirme que « *la rémunération du prestataire de services* [qui] *provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers […] implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics* » [742]. L'arrêt invite à une interprétation actualisée. La « *concession de services publics* » se caractérise, pour la Cour de justice, non pas par l'origine de la rémunération, mais par le risque d'exploitation. La détermination de l'origine de la rémunération du prestataire ne révèle pas l'existence d'un risque d'exploitation, mais de son transfert. C'est une logique en deux phases qui met en exergue la dissociation entre le risque caractérisant la concession et la rémunération matérialisant son transfert. C'est en effet, la nature de l'arrêt qui a conduit la Cour à procéder à une analyse *a contrario*. Elle est

741 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 348.

742 CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH* c/ *Gemeinde Brixen* et *Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, préc., point 40.

d'ailleurs notablement mise en lumière par le cas du parking de surface situé sur la parcelle 491/11. Les juges relèvent d'emblée que la décision de renvoi indique qu'aucune convention n'a été conclue pour son exploitation. En l'absence de contrat, et surtout d' « *information relative aux conditions de rémunération de l'exploitant de ce parking*, *[…] la Cour ne peut que constater qu'elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour procéder à une interprétation utile du droit communautaire en réponse à cette partie de la question* ». Il est tout de même intéressant de noter que les seules informations relatives aux conditions de rémunération de l'exploitation auraient pu permettre aux juges européens de remonter à la qualification contrat par un raisonnement mathématique. Nous partirons pour notre démonstration du principe posé par la directive « concessions » selon lequel : « *l'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation* ». La concession au sens de la directive est l'addition des sous-critères de l'identification d'un risque d'exploitation et celui de son transfert vers le concessionnaire. Or, il semble évident que le transfert implique nécessairement l'existence préalable d'un risque d'exploitation. De ce fait, identifier le transfert, permet de neutraliser la recherche du sous-critère de l'existence du risque d'exploitation, le premier étant attractif du second [743]. En d'autres termes, il suffirait de déceler un transfert pour trouver l'existence d'un risque d'exploitation et qualifier le contrat de concession. Survint dès lors la question de la méthode d'identification du transfert. L'analyse des conditions de rémunération de l'exploitant procurent un faisceau d'indices permettant d'identifier le transfert ou non vers le cocontractant du risque de non recouvrement. Ainsi, si l'exploitant reçoit directement sa rémunération de la personne publique, il n'y a aucun transfert. Pour lui, l'État ou les collectivités territoriales ne présentent aucun danger d'insolvabilité et la sécurisation du délai de paiement [744] est une garantie non négligeable. Le risque reste du côté de la personne publique. En revanche, si l'exploitant est rémunéré par des tiers, il y a un transfert puisqu'il supporte les aléas liés au recouvrement des recettes, le risque d'insolvabilité des tiers. Comme l'assure à juste titre D.-A. Camous : « *la rémunération*

743 Même s'il faut retenir que l'inverse ne se vérifie pas totalement.

744 Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Article 98 du code des marchés publics, Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique. Voir aussi s'agissant de l'interdiction de paiement différé : Article 96 du Code des Marchés Publics.

… / …

par un tiers engendre le risque » [745]. C'est une forme de rémunération caractéristique des contrats de type concessif.

Cette grille de lecture est parfaitement compatible avec la jurisprudence ultérieure de la Cour qui en fait notamment application dans le controversé [746] arrêt *Eurawasser* et c'est par le prisme d'une application inversée du principe qu'on perçoit la logique sans ambiguïté qui gouverne cette décision. C'est par un raccourci intellectuel que la Cour affirme en son point 51 que « *la différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix* » [747]. Il semble qu'elle poursuivait un objectif pédagogique visant à scinder l'opération de l'existence et de la consistance du risque d'exploitation de celle de son transfert qui peut être appréhendé par l'origine de la rémunération.

Ce maniement original du critère de l'origine de la rémunération comme indice du transfert au concessionnaire du risque de recouvrement, n'a été mis en œuvre par le juge administratif qu'à partir du moment où son rôle de juge du transfert a été reconnu.

B. L'office du juge administratif, juge du transfert

Le critère de la rémunération est particulièrement marquant de l'absence de dialogue initial entre les deux ordres juridictionnels. La paternité de sa consécration revient au juge national [748] qui l'a consacré comme un élément de la définition de la délégation de service public [749]. Contrairement au droit français, le droit européen n'aborde le critère de l'origine de la rémunération que de manière incidente, même si l'avocat général Antonio La pergola le considérait comme un élément fondamental de la définition de la concession [750]. Ce critère a pendant longtemps symbolisé en partie la divergence

---

745 D.-A. CAMOUS, « L'arrêt Eurawasser marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession », art cit.

746 Cet a symbolisé pour certains auteurs le retour en force du critère de la rémunération.

747 CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, préc.

748 CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, Rec., p. 612. Préc.

749 CE, 15 avril 1996, *Préfet Bouches-du-Rhône* c/*Commune Lambesc*, préc.

750 Pour LA PERGOLA, la rémunération ; « *laquelle est, en tout ou en partie, tirée de la prestation de services que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires* » est un critère de la concession. Conclusions

… / …

conceptuelle des deux ordres juridiction relative à la concession. Il semble, contrairement à une doctrine qui voit dans certains arrêts une forme de résurrection européenne d'un critère « *définitivement abandonné* » [751] par le droit national, que la nouvelle politique jurisprudentielle de la Cour de justice relative au maniement du critère du risque à travers notamment la renaissance du critère de l'origine des ressources constitue une invitation au dialogue lancée aux juridictions nationales. L'arrêt *Eurawasser* fait des juridictions nationales les juges du transfert. Cette dévolution de compétence s'accompagne semble-t-il d'une transmission des faisceaux d'indices forgé par la Cour dont la pièce maitresse reste le critère de l'origine des ressources.

Cette hypothèse du double filtre s'agissant du contentieux de la qualification de la concession portant sur le critère du risque d'exploitation n'est pas remise en cause par la jurisprudence après la transposition de la directive concession.

§ 2. L'IMPACT DES MÉCANISMES D'AMOINDRISSEMENT DU RISQUE

La minoration du risque, quoique admise [752] par les ordres juridiques français et européen, peut emporter des conséquences à la fois sur la consistance du critère du risque d'exploitation (B) et sur la qualification juridique de la concession (A).

A. La fragilisation de la qualification de concession dans l'hypothèse de risque reporté sur l'usager

La minoration du risque du fait de la nature intrinsèque de l'objet du contrat est une pratique fréquente. La jurisprudence de la Cour de justice admet que « *certains secteurs d'activités, notamment les secteurs touchant à des activités d'utilité publique [...], fassent l'objet d'une réglementation pouvant avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus* » en raison des modalités de droit public de l'organisation du service. Cette raison « *ne fait pas obstacle à la qualification de concession* » [753] tant que l'opérateur

---

A. LA PERGOLA (19 février 1998) sur CJCE, 10 novembre 1998, CJCE, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96 ; *Op cit*., point 26.

751 S. GHERZOULI, *L'influence du droit de l'Union européenne sur l'évolution de la gestion déléguée des services publics*, *op. cit.*, p. 161.

752 Voir : CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157 ; L. RICHER, « Premier cadrage jurisprudentiel de la concession de services », *Droit administratif*, 1 avril 2017, vol. 4, p. 34-38.

753 CJUE, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA*, préc., point 46.

… / …

supporte la part significative du risque existant [754]. Le juge européen précise que dans de telles circonstances, « *il ne serait pas raisonnable de demander à une autorité publique concédante de créer des conditions de concurrence et de risque économique plus élevées que celles qui, en raison de la réglementation applicable au secteur concerné, existent dans ce dernier* » [755]. Cette indifférence du droit européen [756] à l'égard de l'intensité du risque d'exploitation [757] est partagée par les cours et tribunaux administratifs [758] et le Conseil d'État [759]. Pour autant, sa prise en compte ne résout pas les difficultés de qualification de la concession dans les hypothèses où des mécanismes de couverture du risque sont mises en place.

Le terme de risque reporté fait références aux mécanismes, contractuels ou non, de couverture du risque dans les concessions. Il regroupe un ensemble de procédés qui permet au concessionnaire qui supporte le risque d'exploitation résultant des recettes de le reporter soit sur l'usager, soit sur l'administration, par une variation de la durée des concessions au travers de la technique de l'adossement [760], soit en optimisant sa position monopolistique. Seuls seront étudiés les mécanismes de report du risque sur l'usager qui pose la problématique de l'effectivité du transfert du risque d'exploitation.

Le déficit de recettes est le risque d'exploitation lié à la demande par excellence. Dans les contrats de type concessif, les recettes du concessionnaire, malgré l'existence d'autres formes de rémunération, proviennent le plus fréquemment des usagers qui bénéficient du service ou de l'ouvrage. Le montant de la recette est alors déterminé « *par le produit d'une quantité et d'un prix [...], les recettes se calculent en multipliant la demande*

---

754 Cette exigence jurisprudentielle est reprise par l'article 5-1 directive 2014/23/UE : « *La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable* ». Voir également : Réponse Ministérielle n° 19675, publié au J.O. Sénat le 6 avril 2017, p. 1363.

755 CJUE, 10 septembre 2009, *Eurawasser*, aff. C-206/08, préc., point 72 à 76.

756 Considérant 19 de la directive 2014/23/UE : « *Le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession* ».

757 Expression empruntée à S. BRACONNIER, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive "concession" », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 26-31.

758 CAA Marseille, 5 mars 2001, *Préfet du Var*, req. 99MA01752, *AJDA* 2001, p. 968, note L. MARCOVICI.

759 CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, préc. Voir aussi CE, .5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement-santé*.

760 Voir en ce sens : H. HOEPFFNER « Concessions d'autoroutes : l'adossement, retour vers le futur ? » *Contrats et Marchés* public, n° 2, février 2018, étude 2.

… / …

effective de la prestation par les tarifs prévus au contrat » [761]. Selon l'auteur, le risque de recettes se décompose en un risque sur le volume et sur la valeur. Le risque de recettes peut être la conséquence soit d'un risque de volume s'illustrant par une baisse de la fréquentation, soit un risque de valeur se matérialisant par une baisse de tarif. Les modalités de couverture du risque de volume par la hausse de la valeur du service ou de l'ouvrage illustre la faculté du concessionnaire à reporter ce risque sur les usagers à travers la variation du tarif. On sait que le risque de fréquentation, qui a connu un rayonnement sans précédent sous la plume de C. Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt *Commune de Guilherand-Granges*, a été au cœur de la qualification de la délégation de service public [762]. Il a constitué un élément important pour la Commission européenne qui estime dans sa communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire que le risque économique « *qui dépend étroitement des revenus que le concessionnaire pourra tirer de la fréquentation, constitue un élément distinctif important entre les concessions et les marchés publics* » [763]. La littérature juridique sur le risque d'exploitation en fait régulièrement un élément décisif de son identification [764]. Son influence sur la charge définitive du risque d'exploitation supporté par le concessionnaire est redoutable, à tel point qu'il aura naturellement tendance à le réduire ou à s'en soustraire. Le mécanisme n'est pas inconnu des marchés de partenariat dont la répartition des risques liés aux recettes constitue une décision clé dans la définition de la structure d'un marché de partenariat de transport. Dans les concessions, les clauses de révision et les clauses de variation ont précisément pour objet de compenser une oscillation de volume par une variation de la valeur du service selon les modalités propres à chaque type ; le résultat restant le même puisqu'elles permettent une couverture du risque.

Les clauses de révision des tarifs dans les concessions sont des « clauses de rendez-vous » se rapprochant de la clause « *hardship* » qui est souvent utilisée dans des contrats internationaux économiquement bouleversés. Elles visent à adapter les stipulations économiques du contrat en définissant les hypothèses à l'occasion desquelles les parties au contrat s'accordent à ouvrir automatiquement des négociations afin de rétablir

761 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 339.

762 CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *BJCP* 1999, p. 460, concl. C. BERGEAL ; préc.

763 *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, 12 avril 2000, préc.,

764 H. SÉVILLE, « Du risque d'exploitation réellement supporté par le délégataire du service public de transports urbains », *AJDA*, 25 juillet 2011, vol. 26, p. 1510-1514 ; Ch. CABANES et B. POLDERMAN, « La gratuité dans le transport public de voyageurs », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2012, vol. 119, p. 79-82.

l'équilibre d'exploitation. Elles constituent des mécanismes de compensation des effets de la chute éventuelle du nombre des usagers sur le chiffre d'affaires. De ce fait, elles permettent de couvrir le risque lié à la demande lorsque les fréquentations s'éloignent trop de l'équilibre prévisionnel.

À la différence des clauses de révision, les clauses de variation des tarifs se révèlent par l'automatisme dans les modifications du tarif qu'elles entrainent. Le tarif sera modifié en application d'une formule paramétrique établie au moment de la signature du contrat et qui permet de faire évoluer le prix initial fixé dans le cahier des charges de la concession pendant toute la durée du contrat. La Cour des comptes [765] n'a pas manqué de dénoncer dans un rapport public de 2003 sur la gestion des services publics d'eau et d'assainissement l'usage par les concessionnaires et les fermiers des clauses financières dans l'optique de limiter le risque d'exploitation.

En réalité, l'étude de la pratique contractuelle visant à faire couvrir le risque d'exploitation par un tiers est assez complexe. Elle ne brille pas par son homogénéité et n'est systématiquement pas tributaire de la nature intrinsèque du risque lié à la prestation caractéristique [766]. Les exemples sont légions et deux domaines permettent de s'en rendre compte.

L'analyse des conventions de concession d'autoroutes est particulièrement prégnante de ce fait en ce qu'elle établit la mise en place de divers mécanismes favorisant une hausse de la valeur (hausse du tarif) de l'ouvrage et du service sans pour autant que cette pratique réponde nécessairement à une baisse du volume (baisse de la fréquentation). C'est un décret du 24 janvier 1995 [767] qui fixe les modalités d'évolution des tarifs des péages autoroutiers. Il ne s'applique pas au contrat plan dont les cocontractants fixent eux-mêmes les modalités d'évolution des tarifs [768]. Dans la majorité des cas, ces conventions de concession d'autoroutes stipulent que si les tarifs ne sont pas suffisants, eu égard aux

---

765 COUR DES COMPTES, Rapport public particulier décembre 2003 « La gestion des services publics d'eau et d'assainissement ».

766 J. TIROLE, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, 1999, vol. 51, n° 1, p. 79-92.

767 Décret n° 95-81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers, NOR : ECOC9400207D.

768 Le décret 24 janvier 1995 qui ne définit pas le contrat plan, mentionne son exclusion de son champ d'application en son article 1er : « *Le contrat de plan, conclu pour une durée maximale de cinq années renouvelables entre l'État et la société concessionnaire, fixe les modalités d'évolution des tarifs de péages pendant la période considérée* ». Notons tout de même que la formule de hausse minimale dans le cadre du contrat plan est de 85% × inflation + X %.

… / …

dépenses, ils peuvent être relevés, avec ou sans application d'une formule paramétrique [769]. S'ajoutent à ces clauses de révision et de variation des tarifs, la pratique par les concessionnaires d'autoroute de la technique dite du « *foisonnement* » qui consiste à optimiser les recettes induites par les hausses annuelles de péages, et à faire croître, à trafic constant, le chiffre d'affaires annuel bien au-delà de la hausse annuelle des tarifs accordée par l'autorité concédante. Cette méthode revient à faire couvrir le risque d'exploitation des tronçons connaissant le moins de passages par les usagers des tronçons les plus fréquentés. Dans son rapport de 2008, la Cour des comptes a dénoncé cette pratique [770] de « *maximisation des recettes* » qui semble avoir désormais disparu du paysage concessif autoroutier malgré quelques tentatives régulièrement épinglées par la direction des infrastructures de transport [771].

Un autre exemple de couverture du risque d'exploitation est fourni par la restauration scolaire. Après avoir été qualifiée en 1952 de mission de service public administratif [772], la jurisprudence fut confrontée durant la seconde moitié des années 1980 à la question du caractère délégable de la restauration scolaire du premier degré. Celle-ci y répondra dans un avis en date du 7 octobre 1987 par lequel elle affirma solennellement que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même* » [773]. Il précise que « *les communes ne peuvent confier à des personnes privées, que la fourniture*

---

769 Article 25.6 cahier des charges annexé au décret du 13 novembre 1975 approuvant la convention passée entre l'État et la société des autoroutes du sud de la France (SASF) en vue de la concession, de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de l'autoroute du soleil, JORF du 14 novembre 1975 page 11679, (Voir aussi article 25.5 du cahier des charges du décret du 7 févier 1992, JORF n° 34 du 9 février 1992 page 2128) ; Décret du 29 novembre 1982, JORF du 1 décembre 1982, n.c. 10668, précisément l'article 25.7 du cahier des charges de concession attribuée à la Société Esterel-Côte d'Azur. On note la généralisation par les conventions de concession récentes de formules paramétriques dans la modification des tarifs de péages autoroutiers : Article 25.6 du cahier des charges, annexé au décret n° 2011-2011 du 28 décembre 2011 approuvant la concession passée entre l'État et la société ALBEA, JORF n° 0301 du 29 décembre 2011 page 22628 texte n° 77.

770 COUR DES COMPTES, rapport public annuel 2008, 1ère partie, p. 236, spéc. 251 et suiv., 262 et suiv. voir aussi COUR DES COMPTES, rapport du 24 juillet 2013 sur « *les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes* » ; commandé par la commission des finances de l'Assemblée nationale.

771 Voir Rapport d'activité 2014 « Exécution et contrôle des contrats de concession d'autoroutes et d'ouvrages d'art », p. 83 ; Rapport 2013, p. 74 et suiv.

772 CE, sect., 11 janvier 1952, *Association des parents d'élèves enseignement libre Seine-et-Oise :* Rec. CE 1952, p. 26.

773 CE, avis, 7 juillet 1987, Les grands avis du Conseil d'État : *Dalloz*, 1997, 1re éd., n° 24.

… / …

ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves » [774].

Lorsqu'elle est gérée sous une forme concessive (que ce soit par une convention de concession ou en affermage), le risque d'exploitation supporté peut sembler ténu à identifier au regard de l'économie de l'objet de contrat. Comme le rappelle une circulaire du 13 avril 1988, la gestion en concession ou en affermage du service de restauration scolaire doit se faire « *aux risques et périls de l'entreprise afin de respecter la nature du contrat en cause* » [775]. Pourtant, les modalités de calcul du prix unitaire du repas qui doit nécessairement tenir compte des repas effectivement servis assure au cocontractant « *une évaluation automatique du prix payé par l'usager pour compenser les évolutions affectant le volume* » [776]. Le risque d'exploitation est inexistant sinon, extrêmement limité comme le mentionne la Cour des comptes dans son rapport de 1998 [777]. Le transfert du risque d'exploitation dans la restauration scolaire va faire l'objet d'un traitement jurisprudentiel conséquent à partir de 2006. C'est ainsi que par un arrêt du 14 septembre 2006, la cour administrative d'appel de Versailles a estimé qu'un contrat confiant la gestion de la restauration municipale revêt le caractère d'un marché public [778]. La cour a en effet considéré que même si la rémunération était assurée majoritairement par la perception de redevances sur les usagers, le mode de rémunération ne faisait en réalité supporter aucun risque d'exploitation à la société cocontractante [779].

On le remarque bien, la stabilité des revenus des concessionnaires qu'offre la pratique contractuelle ne remet pas seulement en cause l'exigence de l'existence objective d'un risque d'exploitation même limité. Elle contribue, lorsque la stabilisation des revenus résulte d'un mécanisme de renflouement par une tarification plus élevée, à faire couvrir le risque non plus par le concessionnaire mais l'usager du service ou de l'ouvrage

---

774 *Idem*.

775 Circulaire du 13 avril 1988 relative au modèle de contrat pour la concession ou l'affermage du service de restauration scolaire du premier degré, JORF du 5 mai 1988 p. 6142.

776 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 344.

777 COUR DES COMPTES, rapport au président de la république, 1998, Chapitre IV. 12 - La gestion déléguée du service public communal de la restauration collective en Ile-de-France.

778 CAA Versailles, 14 septembre 2006, 04VE03566, *Société Avenance enseignement et santé* : *BJCP* 2006, n° 50, p. 23, concl. BRUNELLI, *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 233, note G. ECKERT.

779 Cet arrêt a été confirmé par le Conseil d'État : CE, 5 juin 2009, req. n° 298641, *Société Avenance enseignement et santé*, Rec., T. 826 ; *AJDA* 2009. 1129, obs. J.-M. PASTOR.

… / …

exploité. D'autres pratiques consistent à faire couvrir une part du risque d'exploitation par l'autorité publique.

B. La prise en compte de la dilution du critère du risque d'exploitation par la participation publique

La concession est gouvernée par le principe de la « *séparation des finances du concédant d'avec celles du concessionnaire* » [780]. Pourtant, force est de constater que ce principe, consubstantiel à celui de la gestion « *aux risques et périls* » du concédant qui assume les aléas favorables ou défavorables, est, en pratique, d'une application souple. La jurisprudence, garante de son respect [781], est de moins en moins rigoureuse. Cette mutation n'a été toutefois possible que grâce à une interprétation jurisprudentielle de la loi MURCEF faisant dorénavant du risque la pièce maitresse des contrats administratifs de type concessif. L'office du juge administratif s'est dès lors assouplie, s'attachant moins à une « *rémunération du concessionnaire substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* » qu'à l'existence d'un risque d'exploitation. Ce changement de paradigme ne doit néanmoins pas occulter les éventuelles conséquences d'une aide publique sur l'existence et le transfert du risque d'exploitation. La solidarité financière entre le concédant et le concessionnaire est d'une grande diversité. Elle peut constituer en l'octroi des prérogatives de puissance publique, comme la possibilité pour le concessionnaire de recourir à l'expropriation. Elle peut consister aussi à l'amélioration de l'environnement des affaires par la réglementation ou par le levier de la fiscalité applicable aux objets susceptibles d'être l'objet d'une concession. Il peut aussi s'agir de financements publics. Les pouvoirs publics possèdent dans cette hypothèse divers moyens d'intervention financière. On peut, sans prétendre à l'exhaustivité [782], mentionner la pratique de la subvention, de la garantie d'intérêts et d'emprunt, de prêt, mais aussi de péage virtuel… À cette diversité des aides publiques, s'ajoute la pluralité de leurs origines. Elles peuvent tout aussi bien provenir du concédant, des personnes publiques non concédantes comme des instances internationales.

---

780 J.-F. DAVIGNON, « Concessions de service public », art cit, p. 41.

781 CE, 30 mai 1980, n° 12016, *Société piscine Dame blanche :* Rec., 1980, p. 257 ; CE, 7 mai 1982, n° 19358, *Société Sogeparc-Paris* : Rec., 1982, p. 669.

782 Pour une présentation exhaustive, voir L. BAHOUGNE, *Le financement du service public*, France, LGDJ-Lextenso éditions, DL 2015, 2015, xiii+672 p.

… / …

L'influence des aides financières publiques sur le principe du transfert du risque d'exploitation au concessionnaire n'a cependant pas manqué d'interroger une partie de la doctrine en ce qu'elles peuvent effacer tout risque d'exploitation à la charge du concessionnaire et augmenter celui des pouvoirs publics [783]. Jean Dufau soulignait en 1979 que les « *concours financiers apportés par les autorités concédantes à leurs concessionnaires [...] vont directement à l'encontre de la conception classique du concessionnaire qui agit à ses risques et périls* » [784]. L'exemple des concessions d'aménagement est particulièrement topique. Par un arrêt motivé en date du 19 mars 2012, la cour administrative d'appel de Marseille a requalifié une concession d'aménagement en marché public de travaux [785] au sens de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Selon la cour, l'instauration au profit de l'aménageur d'une participation du concédant « *aux fins d'équilibre économique de l'opération* » dont le montant est modifiable compte tenu « *des évolutions qui affecteraient l'un de ces éléments* [juridiques et financiers connus au jour de la signature du présent contrat] *et ayant des incidences sur les conditions de l'équilibre économique du contrat, que ces évolutions aient leur origine dans une demande spécifique du concédant ou résultent d'une évolution des conditions économiques extérieures aux parties* » aboutit à la neutralisation du risque économique du contrat.

Dans une décision du 2 février 2015, la cour administrative d'appel de Nantes a apporté des précisions bienvenues sur l'appréciation du risque d'exploitation dans les concessions d'aménagement [786]. S'inspirant de la solution dégagée dans l'arrêt *Auroux* [787], la cour examine en premier lieu, pour apprécier le transfert du risque d'exploitation, le mode de rémunération retenu pour s'assurer qu'il implique le transfert du risque d'exploitation au concessionnaire. Il examine ensuite les clauses financières susceptibles de mettre en échec la qualification de concession. La cour indique que la

---

783 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 379 ; S. BRACONNIER, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive "concession », art cit.

784 J. DUFAU, « La concession de service public. L'évolution du caractère aléatoire de l'exploitation du service concédé », *MTPB*, 11 juin 1979, p. 61.

785 CAA Marseille, 19 mars 2012, n° 09MA04620, *Société Hérault Aménagement*, constru. -urbanisme 2012, comm. n° 78, note L. SANTONI.

786 CAA Nantes, 2 février 2015, n° 13NT02139, *SARL Les farfadets* c/ *Commune de Tours*, constru. -urbanisme 2015, comm. n° 50, note L. SANTONI.

787 CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux* c/ *Commune Roanne* : *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 38, obs. W. ZIMMER ; *AJDA* 2007, p. 1124, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et Ch. LAMBERT ; *Mon. TP* 9 février 2007, p. 84, comm. T. MILLETT ; *Europe* 2007, comm. 91, obs. E. MEISSE ; *LPA* 21 juin 2007, n° 124, p. 13, note S. MARCIALI.

participation financière du concédant à hauteur de 55 % du montant total des dépenses, ni l'existence de la possibilité d'accorder une garantie d'emprunt, ni l'existence de clauses de revoyure et d'une clause de résiliation judiciaire à la demande du concessionnaire ne permettent de neutraliser le transfert du risque d'exploitation. On signalera, à cet égard, que dans la concession de la ligne à grande vitesse « Sud-Europe-Atlantique », plus de la moitié du coût d'investissement provient d'une participation des personnes publiques.

Au demeurant, l'analyse circonstanciée proposée par la Cour montre la nécessité de sécuriser le transfert du risque d'exploitation, même limité, au concessionnaire. Il n'en demeure pas moins que cette « dégradation » de la conception traditionnelle de la concession dénoncée par certains auteurs n'a jamais été strictement condamnée par la jurisprudence. Cette dernière n'exclut pas que la rémunération du concessionnaire puisse provenir d'autres sources que les redevances [788].

La concession et les aides publiques ne constituent pas des notions antinomiques. Il semble acté depuis longtemps que la contribution publique constitue une des caractéristiques historiques de la concession. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Gaz de Bordeaux*, Chardenet définissait la concession comme « le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, *avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêts*, et qui l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public, avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service » [789]. Elle n'est pas ignorée par la jurisprudence [790] qui reconnaît clairement le principe de la subvention d'exploitation dans son avis du 19 avril 2005 [791]. Elle est enfin au cœur de la notion de contrepartie de la concession de services et de travaux dont elle constitue, une des composantes à côté du droit du concessionnaire d'exploiter le service ou l'ouvrage [792]. Toutefois, la légitimation de l'aide financière

---

788 CE, 8 février 1878, *Pasquet*, DE 1878, III, 59.

789 CHARDENET, conclusions sur CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, préc.

790 CE, 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, Rec. ; p. 807 ; préc.

791 CE, avis n° 371.234, Section des travaux publics, 19 avril 2005, *EDCE* n° 57/2006, pp. 197-202 ; *BJCP* n° 45/2006, p. 107-112, obs. R. SCHWARTZ et obs. Ph TERNEYRE, spéc. p. 108b. S'agissant de la subvention d'infrastructure, voir notamment : CE, 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, req. n° 297509 : Rec. p. 667-825 ; *BJCP* 2009/66, p. 379, concl. BOULOUIS, obs. R.S.

792 Article 5-1 directive 2014/23/UE.

… / …

publique n'exempte pas de la recherche de son fondement. Si son objectif a pu initialement se fonder sur la disposition de l'objet contractuel à remplir une vocation d'intérêt général, on serait désormais tenté d'affirmer, face à la généralisation de sa pratique, qu'elle vise plutôt à corriger un certain déséquilibre financier de la concession. Les subventions quelles qu'elles soient, doivent être destinées à « *compenser les contraintes particulières de fonctionnement ou pour contribuer à des investissements dont la réalisation entrainerait une hausse excessive de tarifs* » [793].

L'amoindrissement du risque d'exploitation par le truchement d'une participation financière publique connaît des limites qui résultent d'une part, de l'interdiction des aides publiques et d'autre part, des principes budgétaires qui gouvernent les SPIC.

L'encadrement européenne des aides publiques est, à la différence du droit français, très contraignant. La prohibition des aides d'État est consacrée par l'article 107.1 du TFUE qui dispose que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». La question de savoir si le fait, pour une autorité publique, de subventionner, dans le cadre d'une concession de travaux et de services, la construction d'un équipement, peut constituer une aide d'État devient dès lors légitime.

Après une période de flottement [794], et au-delà de l'approche différenciée, quoique non contradictoire du droit européen et du droit français sur les notions de service public et de service d'intérêt général, la jurisprudence européenne a fixé de manière définitive à travers l'arrêt *Altmark Trans* [795] quatre conditions sous lesquelles la participation financière des personnes publiques visant à compenser le surcoût des obligations de service public s'affranchirait de la qualification d'aide d'État. Premièrement, l'entreprise doit être en charge de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; deuxièmement, les paramètres de calcul de la compensation doivent être établis de façon

---

793 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 518.

794 TPI, 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d'assurance* (*FFSA*), aff. T-106/95, *Rec*. pp. II-229 ; CJCE, ord. 25 mars, 1998, *Fédération française des sociétés d'assurance* (*FFSA*) c/ *Commission*, aff. C-174/97, *Rec*. pp. I-1303. Voir aussi, CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, *Rec*. p. I-9067, *AJDA* 2002, p. 326, *Europe*, janvier 2002, comm. L. IDOT, n° 28, *Dr. adm.* 2002, comm. n° 98, note M. LOMBARD ; CJCE, 14 avril 2005, *AEM SpA*, *AEM Torino SpA*, aff. C-128/03 et C-129/03, *AJDA* 2005, pp. 1217-1218.

795 CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rec. CJCE 2003, I, p. 7747, point 87 et suiv. *AJDA* 2003, note S. RODRIGUES, et 2146, chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT.

objective et transparente ; troisièmement, le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est strictement nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par la prise en charge des obligations de service public ; enfin, lorsque le choix de l'opérateur économique gestionnaire du service d'intérêt général n'a pas été effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, « *le montant de la compensation nécessaire doit avoir été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait supportés pour satisfaire aux obligations de service public en cause en tenant compte des recettes éventuelles de celui-ci ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour le gestionnaire desdites obligations* » [796]. Si par l'arrêt *Altmark Trans* la CJCE tient compte par une approche compensatoire du caractère structurellement non-rentable de certains services publics concédés, l'octroi du label de compensation des obligations de service public (OSP) est sensiblement entravé par les difficultés d'application de la quatrième condition. Pour pallier ces insuffisances, la Commission a adopté le 13 juillet 2005 le « paquet Monti-Kroes », suivi en 2011 du « paquet Almunia » qui complètera le cadre juridique européen relatif aux services d'intérêt économique général et à leur financement [797]. Le Conseil d'État fera application des conditions issues de la jurisprudence *Altmark Trans* dans deux arrêts rendus le 13 juillet 2012, portant respectivement sur la requalification en aide d'État des subventions versées pour la construction d'équipements ou d'ouvrages d'intérêt public [798] et sur la compatibilité avec le droit européen des aides d'État d'une clause de compensation financière dans la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse [799]. Ce fut l'occasion pour la juridiction administrative suprême d'affiner son raisonnement sur la compatibilité des subventions d'investissement avec le principe européen d'interdiction des aides d'État, et, de répondre de manière incidente à la

---

796 *Idem*, point 93 et suiv.

797 Sur la question : P. THIEFFRY, « Compensation des charges de service public : Les contradictions du « paquet Almunia » », *AJDA*, 20 février 2012, vol. 6, p. 300-305 ; D. RITLENG et P. THIEFFRY, « Le financement du service public face au droit communautaire », *AJDA*, 17 mai 2004, vol. 19, p. 1011-1024 ; X. DELCROS, F. LÉVÊQUE et Ch. BARTHÉLÉMY, « Financement des services publics et aides d'État : quelles compensations aux obligations de service public admettre ? », *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2004, vol. 239, p. 40-54 ; S. HAUTBOURG et S. QUESSON, « Arrêt Altmark : le financement des services d'intérêt général », *Décideurs Juridiques et Financiers*, 15 juin 2004, vol. 55, p. 32-33.

798 CE, 13 juillet 2012, n° 347073, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les verts des Pays-de-la-Loire, Association ACIPA*, *Leb*, 277 ; *AJDA* 2012. 1717, étude M. LOMBARD, S. NISCINSKI et E. GLASER ; RDI 2012. 562, obs. S. BRACONNIER ; AJCT 2012. 567, obs. A. DESINGLY ; *RTD eur.* 2013. 891, obs. E. MULLER.

799 CE, 13 juillet 2012, n° 355616, *Compagnie méridionale de navigation, Société nationale Corse Méditerranée, Leb* 282 ; *AJDA* 2012. 1428 ; *AJCT* 2012. 564, obs. O. DIDRICHE.

… / …

problématique soulevée par les subventions d'équilibre ou d'amélioration. Il ressort de l'esprit de l'arrêt que la subvention d'investissement versée pour la construction d'équipements ou d'ouvrages d'intérêt public ne sont pas des aides d'État [800]. Elle est fonction de paramètres préalablement établis à la conclusion du contrat. Elle vise à compenser les obligations de service public dès lors qu'elle a « *pour objet de compenser le coût de la construction imposée par les pouvoirs publics à raison d'externalités positives que l'exploitant ne pourra valoriser* » [801]. À l'inverse, les subventions dont les paramètres de calcul n'ont pas préalablement été établis contractuellement et qui ont pour fonction de « *compenser des pertes d'une exploitation qui se relève a posteriori n'être pas économiquement viable* » [802] telles que les subventions de fonctionnement ou d'amélioration tombent sous le coup de la réglementation relative aux aides d'État [803]. La nouvelle réglementation européenne relatives aux concessions ne bouleverse pas le cadre juridique établi par la jurisprudence *Altmark*. La directive ne traite ni du « *financement des services d'intérêt économique général* » [804] dont elle réaffirme la liberté dont jouit les pouvoirs publics dans leur établissement et dans le choix du mode de gestion, « *ni des systèmes d'aides accordées par les États membres, en particulier dans le domaine social, conformément aux règles de l'Union sur la concurrence* » [805].

Le droit national impose par le truchement du principe de l'équilibre budgétaire des services publics à caractère industriel et commercial une limitation au phénomène d'amoindrissement du risque d'exploitation par la participation financière publique [806].

---

800 R. CATTIER, « Subventionner un service public délégué », *AJDA*, 30 juin 2014, vol. 23, p. 1305-1310 ; S. BRACONNIER, « Subventions d'investissement aux projets d'infrastructures et aides d'État », *Revue de droit immobilier*, 1 novembre 2012, vol. 11, p. 562-565 ; G. ECKERT, « La subvention d'infrastructure publique n'est pas une aide d'État », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2012, vol. 10, p. 36-39.

801 CE 13 juillet 2012, n° 347073, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les verts des Pays-de-la-Loire, Association ACIPA*, préc., cons. 21.

802 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 384.

803 G. ECKERT, « La subvention d'amélioration du service public est une aide d'État », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2012, vol. 10, p. 39-40 ; S. BRACONNIER, « Subventions d'investissement aux projets d'infrastructures et aides d'État », art cit.

804 Préambule (point 8) de la directive 2014/23/UE

805 Préambule (point 8), préc. Le point 12 du préambule : « *Aux fins de la présente directive, il convient de préciser que le simple financement d'une activité, en particulier au moyen de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, ne relève pas du champ d'application de la présente directive* ».

806 Article L. 2223-1 et L. 3241-4 CGCT. « *Les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial en régie, affermés ou concédés par les communes doivent être équilibrés en recettes et en dépenses* ».

… / …

En raison de ce principe, la loi interdit aux communes [807] et aux départements [808] de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre de ces services publics. L'analyse de la notion de risque d'exploitation par le prisme du principe de l'équilibre budgétaire des services publics à caractère industriel et commercial révèle des incohérences qui conduisent à relativiser sa capacité de neutralisation de la possibilité d'octroi de subventions publiques aux concessionnaires de ces services.

En premier lieu, il n'existe pas, nonobstant la prohibition faite aux collectivité locales de prendre en charge sur leur budget propre des dépenses au titre des services publics à caractère industriel et commercial, d'interdiction générale faite aux pouvoirs publics d'accorder une subvention à un service public à caractère industriel et commercial affermé ou concédé. Le juge confirme cette position par l'arrêt rendu le 9 novembre 1988, *Commune de Piseux* [809]. Rappelons que le mécanisme d'identification du service public à caractère industriel et est bien connu ; il relève de l'application d'un faisceau d'indices hérité de la jurisprudence *Union syndicale des industries aéronautiques* [810] qui combine le critère de l'objet du service, son mode de gestion et enfin le mode de financement mis en place. Or, s'il est vrai, s'agissant du critère du mode de financement, que la rémunération du concessionnaire provenant des redevances perçues sur les usagers est un indice significatif de son caractère industriel et commercial, il n'en demeure pas moins que ce mode de rémunération n'exclut pas *de facto* une participation financière publique. L'existence d'une redevance pour service rendu est une condition nécessaire mais non suffisante pour reconnaître le caractère industriel et commercial du service. La jurisprudence ne s'attache qu'à la source de financement la plus prépondérante pour distinguer le service public administratif du service public à caractère industriel et commercial. La distinction SPA/SPIC par le mode de financement peut par ailleurs se révéler particulièrement ardue en raison de la liberté tarifaire reconnue à l'administration et aux collectivités locales permettant l'institution d'une redevance au profit d'un service public local qui conserve un caractère administratif.

---

807 Article L. 2224-2 CGCT.

808 Article L. 3241-5 CGCT.

809 CE, 9 novembre 1988, *Commune de Piseux* c/ *M. et Mme Dulière*, req. n° 79694 : *Rec., Leb*, 397 ; *RFDA* 1989. 748, concl. DE LA VERPILLIÈRE ; *ACL* 1989, n° 24 : «

810 CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec., Leb*, p. 434 ; *AJDA* 1956. II. 489, chron. FOURNIER et BRAIBANT ; D. 1956. 759, concl. LAURENT.

… / …

En second lieu, la loi prévoit pour les communes [811] et les départements [812] des dérogations à ce principe qui contribuent à neutraliser son efficacité. De ce fait, les communes peuvent prendre en charge des dépenses des services publics à caractère industriel et commercial lorsqu'il les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement ; il en va de même lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs ; n'est pas exclue l'hypothèse dans laquelle, après la période de réglementation des prix, la suppression de toute prise en charge par le budget de la commune aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs. À cela s'ajoute les dérogations accordées au service de distribution d'eau et d'assainissement dans les communes de moins de 3000 habitants [813].

Toutefois, le législateur précise dans la circonstance où le service est concédé que la portion prise en charge par le budget propre ne peut d'une part, excéder le montant des sommes données au délégataire pour sujétions de service public et d'autre part, représenter une part substantielle de la rémunération de ce dernier.

Le risque, critère discriminant des contrats administratifs, reste encore toujours instable

811 Article L. 2224-2 al 1 et suiv. CGCT.

812 Article L. 3241-5 CGCT.

813 L'article L. 2224-2 CGCT consacre aussi une dérogation durant les cinq premières années et quatre premières années d'exercice respectivement des services d'assainissement non collectif et des services de gestion de déchets ménagers et assimilés, quelle que soit la population des communes et groupements de collectivités territoriales.

CONCLUSION DU TITRE II

L'histoire juridique de la concession a été marquée par la quête permanente du critère fondamental susceptible d'individualiser ce contrat dans le paysage contractuel.

Initialement fondée sur le critère de l'origine ou celui du mode de rémunération, la concession est désormais organisée autour du critère du transfert du risque d'exploitation. À l'évidence, le critère du transfert du risque d'exploitation est érigé comme un critère structurant puissant. Il ne résume pas à un simple élément participant à l'identification de la concession. Il joue également la fonction de critère essentiel de la *summa divisio* concession-marché public et participe, de ce fait, au maintien de la frontière intérieure des contrats de la commande publique. Si ses vertus sont incontestables, le critère du transfert du risque d'exploitation n'en pas moins soumis à des incertitudes d'ordre conceptuel et pratique.

Sur le plan conceptuel, le critère souffre d'un déficit de précision de sa définition qui rend malaisé identification dans les contrats et constitue un potentiel source de sécurité juridique.

Sur le plan pratique, se pose la question de la consistance du risque d'exploitation transféré et les difficultés auxquelles sont confrontées les autorités concédantes pour appréhender le risque économique durant la phase du choix du mode contractuel génère un risque de requalification.

Il appartient désormais à la jurisprudence d'effectuer les balisages nécessaires pour sécuriser la manipulation de ce critère par les autorités concédantes. Dans cette circonstance, la Haute juridiction pourrait faire appel à la notion du risque juridique en tant que critère complémentaire de distinction entre la concession et les marchés publics.

En effet, les contrats de concession ont tous la particularité d'admettre le principe de la double responsabilité. D'une part, existe la responsabilité du service ou des travaux. Celle-ci est naturellement assumée par la personne publique ou l'organisme de droit public qui ne peut la déléguer. D'autre part, existe la responsabilité de la gestion du service ou des travaux qui peut faire l'objet d'une délégation à d'autres entités selon différentes formules. Le critère du risque juridique consisterait, dans cette hypothèse, à

déterminer si la responsabilité de gestion ou d'exécution est intégralement transféré au concessionnaire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le contrat de concession issu de l'ordonnance du 29 janvier 2016 pose, au-delà des apports sus analysés, la double question de son appartenance idéologique et juridique.

En effet, investie d'une identité renouvelée, la concession ne soulève pas moins des interrogations quant à son origine. Devrait-on la considérer comme possédant une identité européenne d'origine française ou une notion française d'origine européenne ? Il nous semble pour notre part que ces deux affirmations peuvent mutuellement être soutenues.

L'attachement de la concession à l'émergence du droit administratif français et particulièrement à la valorisation de ses concepts tels que le service public ou le contrat administratif est indéniable. Nonobstant, le droit communautaire n'a pas de son côté ignoré la matière. Du statut de concept permettant de sécuriser le champ d'application des règles communautaires d'encadrement des marchés publics, la concession est peu à peu devenue une véritable notion dont l'appropriation totale par le droit européen trouve sa plus forte illustration dans la directive du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

L'angle de transposition choisi par les autorités françaises démontre en définitive que le contrat de concession possède une identité hybride. Cette nouvelle identité qui fait appel à l'imbrication des droits s'est initialement articulée autour de la construction française de la concession. Cette première étape a été suivie par une phase d'instabilité du fait de la concurrence entre le système communautaire et national pour l'appropriation de la notion. Enfin la dernière phase dans laquelle s'inscrit l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er février 2016 s'articule autour d'une reconstruction européenne et nationale de la concession.

Cette hybridation du modèle concessif a également conduit au renouveau du régime juridique de la concession.

DEUXIÈME PARTIE.

LES MUTATIONS DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONCESSION

Le processus d'encadrement des contrats de concession a indéniablement atteint son point culminant avec la directive du 26 février 2014 et sa transposition par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er février 2016. Ces instruments ont notoirement transformé le cadre juridique général du mécanisme concessif.

La mutation du régime juridique de la concession s'illustre, dans un premier temps, par la lutte contre l'éparpillement des régimes juridiques en droit de l'Union. Il est établi que le droit communautaire a manifesté sa volonté d'encadrer les contrats de concession. Mais le processus a abouti à une réglementation insatisfaisante s'appliquant de manière différenciée aux concessions de travaux et aux concessions de services. Le législateur national a, pour sa part, décidé de réglementer la passation des délégations de service public, ignorant la catégorie de concessions de travaux publics. Le législateur délégué, sous l'empire du droit communautaire, ressuscitera cette catégorie sous le terme des concessions des travaux. C'est ce paysage juridique en bigarré qui a substantiellement été rénové. L'objectif principal de cet encadrement a été de créer une notion européenne de la concession afin de la soumettre à des règles communes de passation (**Titre I**).

Elle s'illustre, dans un second temps, par un encadrement ciblé de l'exécution de la concession. Le processus tout à fait exceptionnel d'européanisation de certaines étapes de la vie de la concession se justifie, pour l'essentiel, par la nécessité de s'assurer de l'effectivité des règles de passation. Toutefois, ses conséquences semblent déborder de l'objectif initial dans la mesure où l'encadrement européen progressif du régime de l'exécution des concessions conduira inévitablement le droit français à repenser la compatibilité de principes traditionnels régissant l'exécution des délégations de service public avec l'état du droit positif articulé autour de la notion européenne de concession (**Titre II**).

TITRE I.

L'ENCADREMENT EFFECTIF DU RÉGIME DE LA PASSATION DE LA CONCESSION

La passation des concessions constitue sans doute l'une des phases au cours de laquelle l'influence du droit européen est la plus marquée. La directive du 26 février 2014 a inauguré un nouveau cadre juridique commun à l'ensemble des concessions. Ces dispositions relatives à leur passation « *inscrivent résolument les concessions dans le champ de la commande publique et consacrent leur éloignement de l'influence des services d'intérêt général* » [814]. L'ordonnance de transposition du 29 janvier 2016 énonce, dès son article 1er, que les contrats de concession doivent respecter « *les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Ce corpus juridique parachève le processus d'encadrement de la passation des concessions (**Chapitre II**).

Toutefois, l'effectivité du régime de passation n'était pas, *a priori*, acquise. La diversité des pratiques juridiques dans les États-membres de l'Union constituait une entrave à l'application uniforme des règles de passation. Par ailleurs, elle supposait l'absence d'une notion concessive partagée.

Le droit européen entreprit prioritairement une mise en cohérence des pratiques autour d'une notion unifiée de la concession. Celle-ci se caractérise, pour l'essentiel, par sa soumission à des principes structurants (**Chapitre I**).

814 G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », art cit.

CHAPITRE I.

LA NÉCESSITÉ D'UNE MISE EN COHÉRENCE DES PRATIQUES CONCESSIVES

L'évolution du droit européen vers un encadrement de la concession pouvait laisser penser que cette dernière constitue un modèle familier aux différents États membres. Loin de là. Elle représente, si l'on considère l'approche initiale des autorités européennes, une anomalie juridique qui ne pouvait être résorbée que par son assimilation aux marchés publics. En définitive, son exclusion de la directive du 18 juin 1992 relative aux marchés de services s'est opérée à l'initiative de la France, au nom de la sauvegarde de la concession de service public à la « française ». La concession semble révéler toute sa polysémie lorsqu'on confronte les différentes pratiques des États de l'Union pouvant être regroupées sous ce vocable. Puisqu'il est évident que le terme concession « *ne recouvre pas les mêmes réalités juridiques d'un pays européen à l'autre* » [815], il revenait dès lors aux institutions européennes de faire œuvre de pragmatisme en édictant une notion pouvant à la fois saisir les spécificités nationales, mais aussi proposer un schéma de lecture intelligible pour emporter adhésion.

Il convient, au-delà des particularismes nationaux dont la liste exhaustive n'apportera que peu d'intérêt à notre réflexion, de focaliser notre étude sur les problématiques juridiques qu'une telle construction notionnelle a pu soulever. Celles-ci portent, dans les pays à tradition concessive, sur la nature et l'identité juridiques de la concession (**Section I**). Ces problématiques offrent également l'occasion de revisiter le processus ayant présidé à la proclamation de principes cardinaux (**Section II**).

815 H. COURIVAUD, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 1 novembre 2004, t. XVIII, 4, n° 4, p. 395-434.

SECTION I.

LE CONSTAT DE LA DIVERSITÉ DES PRATIQUES DANS L'UNION EUROPÉENNE

La problématique relative à l'implémentation de la concession dans l'ordonnancement juridique des États membres de l'Union ne se pose pas de manière uniforme. Il est possible d'identifier deux catégories d'États. D'une part, celle dont le système juridico-économique ignore le modèle concessif. D'autre part, celle dans laquelle il est possible d'identifier un système concessif. C'est cette catégorie qui fera l'objet de notre étude. En effet, l'existence d'une logique concessive *a minima* ne s'accompagne pas nécessairement d'une forme et d'un contenu juridique homogène (§ 1). L'émergence d'une logique concessive européenne et d'un procédé juridique susceptible de l'accueillir et tenant compte des disparités fonctionnelles entre les États a nécessité, à bien des égards, des adaptations (§ 2).

§ 1. UNE HÉTÉROGÉNÉITÉ MARQUÉE DANS LES PAYS À TRADITION CONCESSIVE

Une fois une logique concessive identifiée dans les différents systèmes juridiques nationaux, les autorités européennes ont été confrontées à la dualité des instruments juridiques l'accueillant (A). Le procédé contractuel a finalement été mis en avant sans pour autant faire disparaitre le modèle unilatéral (B).

A. Une nature juridique à géométrie variable

La forme juridique susceptible d'être endossée par la concession dans les différents États est plurielle et soulève de ce fait la question de leur compatibilité avec le droit de l'Union européenne. Il convient toutefois de préciser préalablement à cette analyse que le droit européen est insensible à la distinction droit public/droit privé. Aucun texte européen majeur ne la consacre, même s'il est fréquent d'y rencontrer des notions faisant référence à la fois au droit public et au droit privé [816]. Pour Jean-Sylvestre Bergé, cette situation s'explique par la primauté du monisme juridictionnelle qui écarte toute dualité

816 On peut notamment trouver dans les traités constitutifs les occurrences suivantes : « personnes morales de droit public ou privé », « contrats de droit public ou de droit privé », « clauses compromissoires », « ordre public », « intérêt public ou privé », « service public », « entreprise publique », « établissement privé », « pouvoir public », « marché public », « déficit public », « droit public », « droit privé », « vie privée » et « investissement privé » etc…

… / …

procédurale et institutionnelle : il n'existe en effet qu'« *une seule Cour de justice de l'Union européenne formant, dans ses différentes composantes, un seul et même ordre de juridiction* » [817]. À cette présentation correspond, du moins en partie, des débats terminologiques qui visent à prendre en compte la neutralisation par le droit européen du caractère administratif du contrat auquel il s'avère nécessaire de substituer d'autres sémantiques telles que la commande publique, les contrats publics d'affaires ou les contrats publics… plus à même de marquer l'européanisation des critères européens d'identification. Dès lors, la question sur la nature juridique a moins porté sur le caractère administratif ou de droit privé que sur celle de la nature contractuelle ou unilatérale de l'instrument juridique concessif. C'est sous ce dernier aspect de la question que se sont concentrées les difficultés de la formation d'un droit européen de la concession. Deux éléments permettent de s'en rendre compte.

Premièrement, la mise en œuvre du modèle concessif dans les pays européens qui en ont la tradition se caractérise par une pluralité des instruments juridiques susceptibles de l'accueillir. En France par exemple, l'instrument contractuel est singulièrement avancé comme étant l'instrument juridique privilégié de la mise en œuvre du modèle concessif, à tel point que l'instrument se confond en définitive avec son objet. On retrouve une pratique similaire en Belgique qui s'explique entre autres par la proximité historique et idéologique avec la France. La concession de service public est appréhendée par la doctrine et la jurisprudence belge en référence au droit français [818]. Quant à la concession de travaux publics, sa nature et son régime juridique ont été façonnés par le droit européen des marchés publics au travers de la transposition des directives 71/305, 89/440 puis 93/37/CE. Son caractère contractuel constitue une permanence malgré les confusions notionnelles et les difficultés d'autonomisation qui jalonnent le modèle concessif en Belgique.

En Espagne, la conception de la concession en tant que contrat résulte d'une pratique bien ancienne [819] qui s'est peu à peu modernisée. On retiendra que la nature contractuelle des concessions est une constance systématiquement rappelée par les différents textes législatifs. L'Espagne s'est ensuite inspirée du modèle français pour organiser de manière

---

817 J.-S. BERGÉ, « La summa divisio droit privé-droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? Une question pour quoi ? », *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* 2010, p. 45-56.

818 P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 705 et suiv.

819 La loi générale sur les ouvrages publics organise (Ley General des Obras Públicas) du 13 avril 1877 définit et organise le régime juridique des concessions de travaux publics.

… / …

exhaustive l'identification et le régime des contrats de l'administration. Que ce soit la loi sur les contrats des administrations publiques n° 13/1995 du 18 mai 1995 dite « LCAP » [820], refondue dans la loi sur les contrats du secteur public du 30 octobre 2007 [821] dénommée « LCSP » ou dans sa version révisée par le décret-loi royal du 14 novembre 2011 [822], le modèle concessif est y toujours présenté tant dans le domaine des travaux publics [823] que celui de la gestion de service public [824] comme un contrat.

L'Italie présente, à la différence des pays ayant adopté une nature contractuelle de la concession, un paysage juridique particulier. Le modèle concessif italien (*concessioni*) conserve une spécialité conceptuelle moins rigoureuse lui permettant, paradoxalement, de se distinguer des autres grâce à sa capacité à recouvrir diverses réalités juridiques [825]. En même temps, cette spécialisation inachevée a rendu difficile la détermination de la nature juridique de la concession. Les « concessions administratives », initialement soumises au droit des administrations publiques, ont largement été irriguées par les principes de droit privé qui ont dominé l'Italie durant l'Unité. Elles sont qualifiées par la jurisprudence de « rapports contractuels » dont le contentieux ressort de la compétence du juge civil. L'émergence à partir de la fin du XIX siècle de ce que Ph. Cossalter décrit comme la « publicisation » des rapports entre l'administration et les administrés, découlant de « *l'abandon de la vision privatiste et paritaire et la constitution d'un droit spécial des administrations axé autour de l'acte administratif de l'État* » a favorisé l'édification d'une théorie homogène de la nature juridique des concessions administratives. Celles-ci sont dès lors qualifiées d'actes administratifs unilatéraux par d'éminents théoriciens [826]. La jurisprudence reconnut à la suite de la doctrine que la

---

820 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), « BOE » núm. 119, de 19 de mayo de 1995, páginas 14601 a 14644 (44 págs).

821 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), « BOE » núm. 261, de 31 de octubre de 2007, páginas 44336 a 44436 (101 págs).

822 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

823 Article 7 du décret-loi royal du BOE núm. 276 de 16 de Noviembre de 2011.

824 Article 8 du décret-loi royal.

825 Voir A. LE RAT DE MAGNITOT, *Dictionnaire de droit public et administratif*, I voce Concession, Paris, 1841.

826 O. RANELLETTI, « Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte 1ª », *Giurisprudenza italiana, in Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1894 ; U. FORTI, « Natura giuridica delle concessioni amministrative », *Giurisprudenza italiana*, 1900 ; L. RATTO, « Conces. di acque pubbliche », *Legge*, 1893 ; F. ARCÀ, « Le concessioni amministrative e i contratti pei pubblici servizi », *Reggio Calabria*, 1905.

… / …

concession est un acte d'autorité et non de gestion dont les litiges ressortissent de la compétence du juge administratif [827]. Otto Mayer résume bien la conception unilatéraliste dominante lorsqu'il affirme dans son ouvrage sur le droit administratif qu'eu égard au « *pouvoir d'agir dérivé de l'État* » [828] qui est conféré au concessionnaire, la concession ne peut qu'être « *un acte administratif, spécialement une disposition déterminant discrétionnairement ce qui doit être de droit dans le cas individuel* » [829].

Toutefois, la rigidité de l'instrument unilatéral se caractérisait par l'existence au profit du concédant des pouvoirs de modification et de révocation *ad nutum* sans que l'usage de ces derniers n'appelle, sauf dans des cas très exceptionnels, une contrepartie financière pour le concessionnaire. La période giolittienne a marqué le début de la réforme de la nature juridique de la concession administrative. La loi du 29 mars 1903, en même temps qu'elle mettait en place la municipalisation des services publics, visait l'institution d'un régime moins inégalitaire entre le concessionnaire et le concédant en soumettant d'une part, la résiliation unilatérale à des règles de formes et de procédures et d'autre part, en consacrant la possibilité d'une indemnisation intégrale des concessionnaires. La concession administrative a été affectée, sous l'empire de cette loi et au travers de l'œuvre des juges, d'une double nature juridique. D'un côté, elle reste principalement un acte de souveraineté ; de l'autre, elle constitue une véritable stipulation contractuelle de droit privé. Cette dualité de la nature juridique de la concession a porté ses effets sur son contentieux, éclaté jusqu'en 1971 entre le Conseil d'État et la Cour de cassation [830]. Le droit positif italien s'est cristallisé autour de la double nature juridique de la concession. Le caractère discrétionnaire de l'acte unilatéral que constitue la concession en droit italien pose la question de la compatibilité des moyens d'action des administrations nationales avec les politiques d'encadrement de la concession. Les différents exemples des pratiques nationales s'agissant de l'identification de la nature juridique de la concession attestent de leur diversité. La concession n'est pas toujours contrat ; elle est aussi un acte de l'administration. L'absence d'un modèle juridique commun de la concession dans les pays a conduit l'Union a privilégié le modèle contractuel au détriment des autres modèles,

827 Cass. It., Rome, 17 mai 1899; Giustizia amministrativa, 1899.III.69.

828 O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, tome 4., V. Giard et E. Brière (Paris), 1903, p. 154.

829 *Ibid.*, p. 166.

830 Loi du 6 décembre 1971, a attribué une compétence exclusive au tribunaux régionaux en matière de concession de biens et de services publics. Loi n° 1034, portant institution des tribunaux administratifs régionaux, (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), *GURI* du 13 décembre 1971, n° 314.

… / …

confortant par-là l'idée de la relativité du principe de neutralité dans la commande publique.

B. L'imposition du procédé contractuel de la concession

S'il existe, comme le souligne M. Karpenschif, « *une forme d'indifférence de l'Union européenne à l'égard du régime juridique des contrats* » [831], celle-ci n'occulte pas, en amont, les difficultés liées à la jouissance par les autorités publiques de leur liberté de choix des moyens d'action pour la mise en œuvre des politiques européennes. En effet, la diversité des formes juridiques susceptibles d'être endossées par la concession dans les différents États n'est pas *a priori* un frein à l'émancipation d'un droit européen de la concession. Les directives, instruments juridiques d'harmonisation des législations, s'attachent plus à une obligation de résultat que de moyens. C'est un système se caractérisant à la fois par une primauté du résultat et une neutralité à l'égard du choix des moyens pour y parvenir. Pourtant, l'intérêt affiché pour le procédé contractuel au détriment des schémas unilatéraux de la concession tend à remettre en question le principe de neutralité de l'Union sur le choix des moyens d'action des personnes publiques lorsque celles-ci décident d'externaliser certaines de leurs missions [832]. Le choix singulier porté par l'Union européenne sur le schéma contractuel de la concession s'illustre doublement.

Elle s'observe d'abord au travers d'une irradiation du contrat administratif. Initialement, le contrat administratif n'a pas été un instrument de mise en œuvre des politiques européennes. À l'instar des autres domaines du droit public, l'appréhension du contrat administratif par le droit européen s'est faite au regard des objectifs libéraux du Traité. Il s'agissait d'effectuer sur les moyens d'action librement choisis par les pouvoirs publics un contrôle pour s'assurer que ces derniers n'étaient pas contraires aux libertés ou aux règles de libre concurrence. Ce fut le cas, par exemple, dans le domaine du transport : le règlement n° 1191/69 du 26 juin 1969 exigeait des États qu'ils adaptent leur réglementation pour faire disparaître les entraves, les atteintes à la concurrence qui

831 M KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : "contrat public et Union européenne" », *RFDA*, 1 mai 2014, vol. 3, p. 418-424. En effet, il importe peu que le contrat soit de droit privé ou de droit public dès lors que l'outil employé respecte les objectifs de l'Union.

832 N. PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 septembre 2014, vol. 5, p. 1249-1282 ; Sur le principe de neutralité dans la commande publique, voir : M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques », art cit ; Sur la question de la neutralité dans la commande publique, consulter E. FATÔME et A. MÉNÉMÉNIS, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 16 janvier 2006, vol. 2, p. 67-73.

… / …

pouvaient résulter des obligations de service public que souhaitaient imposer ou conserver les États membres à l'égard des transporteurs nationaux [833]. Les années quatre-vingt-dix marqueront le début de la mutation conceptuelle des autorités européennes sur l'outil contractuel qui n'est plus simplement irradié par le droit communautaire mais deviendra un véritable outil d'expansion de ce dernier. Ainsi, le règlement n° 1893/91 du 20 juin 1991 qui vient modifier le règlement de 1969 impose aux autorités organisatrices de transport la conclusion d'un contrat de service public et l'obligation de définir un certain nombre de caractéristiques techniques et financières [834]. Ce procédé est désormais généralisé par le règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007.

Ensuite, le choix du modèle contractuel de la concession a suivi le même schéma. Sa réception par la Communauté économique européenne en tant qu'instrument contractuel est établie par la directive du 26 juillet 1971 [835] qui fait découler, après l'échec de l'assimilation aux marchés publics, la définition de la concession de travaux celle du marché public de travaux. Cette proximité avec les marchés publics ne laisse planer aucun doute sur son caractère contractuel pour les instances européennes qui n'y voyaient d'ailleurs qu'une simple variante des marchés publics des travaux [836]. En prévoyant pour les concessions de travaux des dispositions imposant des obligations de publicité, la directive du 14 juin 1993 consolide la logique d'une réglementation au nom du respect des objectifs du marché intérieur. La directive du 26 février 2014 achève l'ouverture du modèle contractuel de la concession à la concurrence en définissant les procédures de publicité et de mise en concurrence à l'échelle européenne. La directive va toutefois bien au-delà et permet d'observer une mutation de la motivation. Il ne s'agit plus désormais

---

833 Règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, J.O. n° L 156 du 28 juin 1969, p. 1.

834 Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil. J.O. n° L 315 du 3 décembre 2007.

835 Article 3 de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

836 La formule utilisée par la directive pour définir ce contrat dit « de concession » matérialise le scepticisme relatif à l'autonomie de ce modèle contractuel : « *Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés à l'article 1er sous a) , a l'exception du fait que la contrepartie des travaux à effectuer consiste , soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage , soit dans ce droit assorti d'un prix , les dispositions de la présente directive ne sont pas applicables à ce contrat , dit " de concession " . Dans tous les autres cas, le recours aux procédures de passation des marchés publics est obligatoire* ».

… / …

d'opérer un contrôle du respect des objectifs du traité par les contrats de concession, mais de promouvoir le modèle concessif comme vecteur d'objectifs secondaires [837].

§ 2. LES CONSÉQUENCES PRINCIPIELLES DE LA PROMOTION DU MODÈLE CONTRACTUEL DE LA CONCESSION

L'imposition du procédé contractuel conduit à s'interroger sur la légalité des concessions « unilatérales » vis-à-vis du droit de l'Union. En la matière, il est permis de constater l'élargissement du champ d'application du principe de transparence permettant un encadrement *a minima* de ces concessions (A). Paradoxalement, l'imposition de l'instrument contractuel semble exprimer la relativité du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale (B).

A. Une soumission hésitante des modèles unilatéraux au principe de la commande publique

L'imposition du modèle contractuel de la concession peut surprendre à plusieurs égards. Premièrement, la concession est un terme polysémique dont l'objet ne correspond pas systématiquement aux services et/ou aux travaux dans les différents systèmes juridiques nationaux. Elle peut, dans certaines hypothèses, déborder de ce cadre et incorporer les concessions domaniales. Deuxièmement, la forme contractuelle de la concession ne constitue pas le modèle majoritaire au sein de l'Union. Elle ne se retrouve que dans les pays dont la tradition juridique est assez semblable à la tradition juridique française. Troisièmement, il existe des systèmes juridiques qui ne connaissent pas la notion de concession parce que ce concept ne s'agence pas autour de critères structurants ou d'un régime identifié.

Au demeurant, d'autres considérations ont motivé la promotion de ce modèle. Il s'agit principalement des garanties intrinsèques qu'offre le contrat par rapport à l'acte unilatéral, telles que l'égalité de traitement des candidats, le consentement mutuel, la possibilité de mettre en place des règles de passation ainsi que l'existence de voies de recours. Le modèle contractuel semble plus à même de parfaire le marché intérieur.

Si la *summa divisio* droit public/droit privé, s'agissant du respect des principes communautaires n'a pas d'incidence sur l'application du droit européen, la promotion de la concession passée par voie contractuelle semble, *a priori*, établir tacitement une

837 M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques », art cit.

… / …

distinction structurante entre les actes unilatéraux et les contrats s'agissant de l'obligation de transparence [838]. La question de la soumission des concessions passées par voie unilatérale à l'obligation de transparence n'est pas nouvelle. Elle a cependant hérité jusque dans un passé récent de diverses solutions. Dans le système juridique français, l'acte unilatéral est un acte d'autorité qui ne peut être assujetti, hormis les cas où la loi prévoit explicitement des conditions supplémentaires, à d'autres règles que celles conditionnant la légalité des actes administratifs. Cette vision a été implicitement reprise par les dispositions de la loi Sapin qui ne s'appliquent qu'aux seules délégations consenties par voie contractuelle, à l'exclusion des délégations unilatérales de service public. Cette position fut confirmée par le Conseil d'État dans deux avis [839], puis en contentieux [840]. Le système juridique européen s'est, dans un premier temps, accoutumé à cette situation juridique malgré l'insistance de la Commission pour soumettre les concessions passées par voie contractuelle et unilatérale aux mêmes procédures [841]. L'absence d'une obligation de transparence des concessions « unilatérales » n'était pas en porte-à-faux avec les mutations juridiques inspirées par le droit communautaire [842]. La jurisprudence de la Cour de justice distinguait clairement les concessions unilatérales de celles passées par voie contractuelle. Ces dernières, particulièrement les concessions de services étaient soumises, sous son impulsion et en raison de leur caractère contractuel [843], à un principe de transparence consistant à garantir un « *degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence*. Le modèle unilatéral de la concession est pourvu d'un caractère discriminant puissant.

Face à la crainte de voir émerger un régime juridique des concessions « unilatérales » dérogatoires au principe de non-discrimination, la Cour de justice de l'Union européenne a érigé dès 2008 des conditions devant justifier le recours aux actes administratifs susceptibles de porter atteinte une liberté fondamentale. Celles-ci, sans instituer de

---

838 F. BRENET, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, 25/2013, p. 1435 ; voir également : M. MORALES, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral*, thèse, Université de Montpellier, 2016.

839 CE, avis, sect. TP, 9 mars 1995, EDCE 1996, n° 47, p. 399 ; CE, avis, 28 septembre 1995 : EDCE 1996, p. 402.

840 Le Conseil d'État a confirmé cette position dans sa décision CE, 3 mai 2004, n° 249 832, *Fondation assistance aux animaux* ; *BJCP* 2004, p. 464, concl. E. GLASER, obs. Ch. MAUGÜÉ.

841 Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, préc., point 2.4.

842 A. TABOUIS et A. HOURCABIE, « Notion et régime juridiques de la délégation unilatérale de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2005, vol. 6, p. 5-13.

843 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH*, aff. C-324/98, préc., point 27.

… / …

procédures, exigent que l'acte de concession soit nécessairement fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance [844]. C'est par l'arrêt *The Sporting Exchange Limited* rendu le 3 juin 2010 que la Cour de justice élargit le spectre de l'obligation de transparence aux concessions unilatérales. En effet, il s'agissait dans cette affaire pour la Cour de délimiter, entre autres, le champ d'application de l'obligation de transparence en répondant à la question de savoir si les principes d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui s'imposent aux États membres lorsqu'ils attribuent des concessions de service public, s'appliquent également dans le cadre d'un système d'agrément à un seul opérateur [845]. Pour la Cour, « *l'obligation de transparence apparaît ainsi comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un ou à plusieurs opérateurs privés le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de ce ou de ces opérateurs* » [846]. La Cour confirme cette position en rappelant dans un arrêt du 17 décembre 2015 que le principe de transparence n'a pas vocation à s'appliquer exclusivement dans le champ du droit de la commande publique. Son caractère extensif implique, s'agissant de l'octroi à un opérateur économique d'un droit exclusif présentant un intérêt transfrontalier certain, la mise en place d'un « *degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution* » [847].

La soumission globale des moyens d'action de l'administration aux principes d'origine européenne ravive la question de l'effectivité du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

---

844 CJCE, 17 juillet 2008, *Commission/France*, aff. C-389/05, Rec. p. I-5397, point 94, et CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. CJCE 2009, I, p. 1721. Rec. p. I-1721, point 64

845 CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, Contrats Marchés publ. 2010, comm. 422, repère 11 de F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, 126 ; Voir aussi CJUE 9 sept. 2010, *Ernst Engelman*, C-64/08.

846 CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, point 154.

847 CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-25/14 et C-26/14, *Union des syndicats de l'immobilier et Beaudout Père et Fils SARL*, point 30 et 39.

… / …

B. La confirmation de la relativité du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale

L'autonomie institutionnelle et procédurale [848] est un marqueur de la cohabitation entre les systèmes nationaux et européens. Fille du principe de l'administration indirecte [849], l'autonomie institutionnelle et procédurale pose le principe selon lequel il revient aux États membres de déterminer les modalités institutionnelles, procédurales de mise en œuvre et de sanction du droit de l'Union. En effet, si le droit de l'Union européenne peut imposer des obligations aux États membres, il s'abstient en revanche généralement d'imposer la manière dont ces derniers les exécutent. Ce principe découle du système de protection juridique mis en place par les traités. En effet, il a été posé comme postulat que toute voie de droit prévue dans l'ordre juridique national doit pouvoir être utilisée pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct. Cette logique est également implicite dans l'article 4 du Traité sur l'Union européenne [850]. Les marques de manifestation de ce principe se retrouvent dans les décisions juridictionnelles. Il est de jurisprudence constante [851] que les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre, en vertu du principe d'autonomie procédurale.

Toutefois, la délimitation de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres de l'Union européenne ne cesse de préoccuper la doctrine [852]. Les contrats

---

848 La paternité du terme revient à Joël RIDEAU : J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Annuaire français de droit international*, 1972, vol. 18, n° 1, p. 864-903.

849 R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » dans *In J.-B. Auby & J. Dutheil de La Rochère*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 685-726 ; E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'union européenne », *Revue de l'Union Européenne*, 2012, p. 197-204 ; M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » dans *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 2006, p. 419 et suiv.

850 Article 4 du Traité sur l'Union européenne (TUE) : « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission* ».

851 CJCE 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, Rec. 1989, et *Comet*, aff. 45/76, Rec. 2043, notes NAFYLIAN ; *RTD eur*. 1977. 93 ; *CDE* 1977. 227, note KOVAR.

852 Th. GEORGOPOULOS, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire : quelles obligations pour les États membres ? », *Les Petites Affiches*, 26 janvier 2005, vol. 18, p. 5-10 ; J. SIRINELLI, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 juillet 2011, vol. 4, p. 883-919 ; E. FALLOUS, « Le juge français face au droit communautaire », *Diplôme : La revue des étudiants en droit*, 1 novembre 1998, vol. 25, p. 30-31 ; G. MARSON, « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux

… / …

publics constituent un domaine dans lequel apparaît l'activisme européen. Initialement assujetti au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, le droit européen a peu à peu entrepris de faire des contrats publics, un outil de la réalisation des objectifs des traités, fragilisant de ce fait l'autonomie des États [853]. Cantonné dans un premier temps à « *la standardisation des procédures de passation des contrats publics* » [854], le droit européen a, peu à peu, règlementé les interstices de la vie du contrat en n'omettant pas de remodeler les catégories contractuelles existantes. Cette politique d'encadrement illustre la crise de légitimité que traverse le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale comme règle subsidiaire de répartition de compétences [855]. L'équilibre proclamé entre les principes combinés d'équivalence et d'effectivité d'une part et celui de l'autonomie institutionnelle et procédurale, d'autre part, est plus formel que réel, entamant de plus en plus la souveraineté des États membres. L'ajustement général des procédés administratifs que ces principes impose cache ponctuellement un véritable bouleversement du régime juridique national. L'ensemble de ces transformations tend, en définitive, à révéler une nouvelle forme d'encadrement public de l'économie. La contribution du droit européen par le truchement des directives de passation à la création dans certains pays de la notion de contrat public est un exemple de la perte de pertinence du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

---

des États membres (2ème partie) ; Chronique de droit européen numéro III », *Les Petites Affiches*, 20 mai 2003, vol. 100, p. 3-9.

853 Voir en ce sens § 1, B de ce chapitre.

854 M. KARPENSCHIF, « Le contrat public européen », *Revue des contrats*, 1 septembre 2014, vol. 3, p. 539-544.

855 C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 25 juillet 2007, vol. 30, p. 13-22.

SECTION II.

LA PROCLAMATION DES PRINCIPES COMMUNS DE LA PASSATION DES CONCESSIONS

L'encadrement de la passation des concessions s'est opéré grâce principalement à un travail de modélisation d'éléments endogènes. Cette première étape a permis d'identifier les critères d'applicabilité du nouveau régime européen (§ 1). Est ensuite intervenue l'étape d'identification et de proclamation des principes autour desquels se structure la passation. L'analyse confirme la prégnance du principe de transparence qui constitue désormais un principe autonome (§ 2).

§ 1. L'ACTUALISATION DES ÉLÉMENTS DE DÉTERMINATION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONCESSIONS

Si initialement le critère économique, par l'entremise du risque d'exploitation et celui de l'objet du contrat de concession, a été mis en mouvement par une logique de concurrence, l'encadrement par le droit de l'Union de la passation des concessions participe à une redistribution des rôles fondés sur une logique de complémentarité. Le retour en puissance de l'objet du contrat de concession dans la détermination du régime de passation (A) tend à pallier les insuffisances conceptuelles de la valeur prévisionnelle (B).

A. La relative perte d'influence de l'objet de la concession dans le processus de mise en concurrence

Au-delà des fonctions naturelles analysées dans la première partie de notre thèse, l'objet de la concession, tout en perdant sa fonction d'aiguillage procédurale (1), hérite de nouveaux attributs dans le processus de mise en concurrence (2).

1. L'influence initiale de l'objet dans le processus de mise en concurrence

Ériger l'objet en élément déterminant la mise en concurrence ou non d'un contrat n'est pas une pratique nouvelle. Elle a cependant véritablement connu un essor sous l'impulsion du droit communautaire, mais aussi grâce à un processus de spécialisation progressive des contrats administratifs. Ce fut, dès lors, une logique de différenciation des régimes juridiques suivie de la découverte par les instances communautaires du potentiel économique de ces contrats qui a conduit à faire de l'objet le critère naturel de

la mise en concurrence. Les marchés publics ont été « *l'épicentre* » de ce phénomène [856] ; la concession n'y a pas échappé.

Initialement, l'objet a constitué jusqu'à une période récente, tant en droit interne qu'en droit européen, le critère d'activation de la mise en concurrence de la concession.

En droit français, la consécration par la loi du 29 janvier 1993 de la délégation de service public et la soumission de sa passation au respect d'un ensemble de règles a opéré une distinction silencieuse fondée sur l'objet du contrat. L'absence de définition de la nouvelle catégorie contractuelle ainsi consacrée n'a pas empêché la doctrine de voir en elle la confirmation législative de ce que Hubrecht nommait les « *contrats de service public* » [857]. Les théoriciens du droit, fort de cette conjonction notionnelle entre la pratique administrative d'une part, et le législateur et le juge administratif d'autre part, ont cru déceler que le critère essentiel de la dichotomie contractuelle en droit public résidait dans le service public. Cette position a été, en partie, infirmée par le juge administratif qui érigea le mode de rémunération au rang de critère de distinction, auquel il adjoint, dans un second temps, celui de l'objet. Il est toutefois remarquable de noter que le législateur de 1993 a exclusivement consacré l'expression de la concurrence que dans les contrats dont l'objet consiste en la gestion du service public. La loi MURCEF ne dit pas autre chose lorsqu'elle définit la délégation comme le contrat lequel « une personne morale de droit public confie la *gestion d'un service public* dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service ».

Le rôle de l'objet dans le processus de la mise en concurrence se manifeste aussi à travers une comparaison avec les autres types de contrats. C'est principalement au regard de la nature de la mission confiée au cocontractant que se déterminent les règles devant présider à la passation du contrat. Au sein de la catégorie des contrats de concession, l'exemple donné par de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ainsi que le décret du 26 avril 2010 illustrent la particularité des règles de passation aménagées en fonction de l'objet du contrat. Néanmoins, l'influence de l'objet sur les règles de mise en concurrence déborde largement des frontières internes pour constituer un critère stable de la détermination des frontières extérieures de la concession.

---

856 Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 76.

857 H.-G. HUBRECHT, *Les contrats de service public*, *op. cit.*

La question de la différenciation entre la concession et, plus généralement, la délégation de service public, d'une part, et les autres contrats administratifs, d'autre part, a essentiellement été motivée par la personnalisation des procédures de passation. S'agissant de la convention d'occupation du domaine public, les difficultés inhérentes à une telle entreprise ont soulevé des interrogations pour finalement trouver un équilibre temporaire autour de l'objet du contrat.

Premièrement, elle faisait resurgir, de manière renouvelée, le problème relatif aux critères d'identification de ces deux contrats dont les éléments de délimitation de leur frontière, aux premières heures des années 1990, semblaient s'être définitivement cristallisés. La différence entre leur objet [858] ne fait pas échec à l'existence d'une complémentarité. C'est ainsi que l'on retrouve, assez régulièrement, des contrats de délégation de service public qui ont pour accessoire des conventions d'occupation du domaine, sans pour autant que ces derniers ne constituent, par eux-mêmes, des contrats de concession de service public. Ce postulat nécessite toutefois d'être relativisé. En effet, le juge administratif, à travers une appréciation *in concreto* de l'objet du contrat [859], mais surtout par une approche globale fondée sur des faisceaux d'indices [860] a pu requalifier une convention d'occupation du domaine public en contrat de délégation de service public [861]. Les différentes décisions rendues sur la désormais célèbre affaire du stade *Jean Bouin* ont, quant à eux, permis de poser le constat de la ténuité de la frontière entre les contrats de délégation de service public et la convention d'occupation du domaine public, faisant en définitive de l'objet du contrat la pièce centrale de sa nature contractuelle.

La seconde problématique, consubstantielle à la première, renouvelle les interrogations sur la procédure de passation des contrats portant occupation du domaine public et justifie, par là, l'application aux délégations de service public d'une procédure

---

858 CE, 12 mars 1999, n° 186085, *Ville de Paris* c/ *Société Stella Maillot-Orée du Bois*, *BJCP* 1999, p. 433 ; *AJDA* 1999, p. 439, note RAUNET et ROUSSET ; *Dr. adm.* 1999, *comm.* 127 ; concl. C. BERGEAL ; CAA Lyon, 24 juillet 2003, n° 99LY01503, *Département du Rhône ;* TA Poitiers, 2 mai 2002, *Préfet de la Charente-Maritime* ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 202, obs. TIXIER et TENAILLEAU.

859 CE 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph* : Rec., p. 282 ; D. 2001. 733, note L. BORDEREAUX ; *CJEG* 2000, 374, concl. C. BERGEAL ; Droit adm., 2000, n° 248 ; *RFDA* 2000, 797, concl. C. BERGEAL.

860 CE, 19 mars 2012, *Société groupe Partouche*, n° 341562, *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 157, note ECKERT ; *BJDCP* 2012, n° 82 ; *JCP A* 2012, 2319, note NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ. Pour une application négative, voir : CE, 23 mai 2011 *Commune Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *AJDA* 2011, p. 1515, note DREYFUS ; *JCP A* 2011, 2329, note LINDITCH.

861 CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy et autres*, Rec., Leb, 2000 p. 607, *AJDA* 2001, p. 193, note M. RAUNET et O. ROUSSET, *RFDA* 2001, p. 1277, concl. S. AUSTRY, *Contrats-Marchés publ.* 2001, n° 72, note F. LLORENS.

… / …

spécifique exclusivement en fonction de leur objet. Il convient de rappeler que c'est un principe ancien, régulièrement rappelé par les juridictions administratives [862], qui prône la liberté dans le choix des règles de passation des contrats d'occupation du domaine public [863]. Il se fondait, notamment, sur l'absence d'encadrement légal. Le Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 ne porte pas de dispositions de cette nature. Toutefois, plusieurs arguments militaient à ce que la Haute juridiction administrative adopte la voie de la simplification et de la modernité qui reviendrait, à défaut de qualifier l'objet du contrat de service public en application des critères jurisprudentiels, à soumettre les conventions d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence. Toutefois, par sa décision du 3 décembre 2010, le Conseil d'État a préféré la continuité à la rupture [864]. Cette position jurisprudentielle a favorisé une redistribution des rôles des critères de la concession. L'intervention récente du juge européen [865] et du législateur [866] pour soumettre certaines conventions d'occupation du domaine public à une procédure de publicité et de mise en concurrence doit conduire le juge administratif à faire évoluer sa jurisprudence. Pour autant, ce nouveau principe de soumission de certaines autorisations domaniales à la concurrence confirme, nous semble-t-il, l'influence de l'objet dans le processus de mise en concurrence dans la mesure où la nouvelle législation établit une procédure de publicité et de mise en concurrence spécifiques aux autorisations domaniales fondées sur la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur [867].

---

862 CAA Paris, 31 mars 2011, *Elasbahani* ; TA Paris, 7 juin 2011, n° 1017409, *SVO Musée du Luxembourg ;* CAA Marseille, 22 novembre 2011, n° 10MA00730, *Société Dyg* ; CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille* ; Rec., Leb, 2009, tables, p. 890 ; *RJEP* 2010, comm. 7, note C. CHAMARD-HEIM.

863 CE, 26 avril 1944, *Dejan et Fournier et autres* : Rec. Leb, 1944, p. 386.

864 CE, 3 décembre 2010, n° 338272 et 338527, *Ville de Paris et Association Paris Jean-Bouin* : *Dr. adm.* 2011, comm. 17, note F. BRENET et F. MELLERAY ; *RLC*, janvier-mars 2011, p. 45, n° 1737, note G. CLAMOUR ; *JCP A* 2011, 2043, note C. DEVÈS ; *JCP G* 2011, comm. 10, note A. CHAMINADE ; *AJCT*, janvier 2011, p. 37, note J.-D. DREYFUS ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 25, note G. ECKERT ; *BJCP*, n° 74, 2011, p. 36, concl. N. ESCAUT, obs. R. SCHWARZ ; *RLCT*, février 2011, n° 1839, p. 34, note B. FLEURY et J. PUJOL ; *AJDA* 2011, 21, note E. GLASER ; *RD imm., mars* 2011, p. 162, note R. NOGUELLOU ; *Contrats, conc. Consom*. 2011, comm. 43, note C. PRESSIBY-SCHNALL.

865 CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14, *Promoimpresa Srl*, préc.

866 Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques prise sur le fondement de l'article 34 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi « Sapin II ».

867 Voir en ce sens l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques. Pour une étude de la question, consulter : E. DEROUESNÉ, « Une nouvelle articulation des règles de la domanialité publique et des règles de la commande publique », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juillet 2017, vol. 178, p. 46-49.

… / …

Ainsi, s'agissant particulièrement de l'objet, on assiste, inversement à sa perte d'influence au profit de la notion de risque d'exploitation dans l'identification de la concession, à un renouvèlement de sa portée induite par la nécessité en droit interne de délimiter juridiquement les contrats afin de les soumettre à la procédure la plus adaptée [868]. Toute autre semble être, du moins à première vue, la logique adoptée par la directive européenne relative aux contrats de concession.

2. L'influence renouvelée de l'objet dans le nouveau processus de mise en concurrence de la concession

La prise en compte par le droit européen de l'objet de la concession dans l'encadrement de sa passation peut être présentée en trois étapes.

La première étape fut celle de l'assimilation de l'objet de la concession, notamment de la concession de travaux, à celle des marchés publics dans l'optique d'un encadrement de leur procédure de passation. Ce processus d'assimilation s'est fondé sur une définition commune des deux contrats, la concession de travaux ne se démarquant du marché public de travaux que par une contrepartie qui consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit ce droit assorti d'un prix [869]. Ce renvoi à la définition des marchés publics de travaux a été consolidé par la directive 2004/18/ CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et services. Cette assimilation notionnelle a glissé vers une autonomisation du régime de passation des concessions de travaux qui ne s'affranchit cependant pas totalement d'une acclimatation des règles propres aux marchés publics.

Toutefois, l'autonomisation matérielle, deuxième étape de l'influence de l'objet sur l'encadrement de la passation des concessions, fut une œuvre prétorienne. Elle a consisté en une séparation des notions, accompagnée d'une présentation générale des critères d'identification dont la concession de services peut être considérée comme l'archétype. Dénuée de tout encadrement formel à l'échelle européenne, la concession de services n'a pas pour autant été épargnée des tentatives visant à la soumettre aux obligations sur les

868 On peut citer par les ordonnances marchés public du 23 juillet 2015, concession du 29 janvier 2016 et des propriétés des personnes publiques qui posent des procédures de passation personnalisées à chaque catégorie de contrat.

869 Directive 89/440 du 18 juillet 1989, la directive « consolidée » 93/38/CEE sur la passation des marchés publics de travaux ; article 1er, point d).

… / …

marchés publics et les concessions de travaux découlant du droit dérivé. Fondant son argumentation sur l'autonomie notionnelle, la Cour de justice de la communauté européenne a régulièrement confirmé son refus d'intégrer la concession de services soit aux marchés publics, soit à la concession de travaux. Si la distinction entre les marchés publics et la concession de services a été aisée à opérer en raison, notamment de la nature de la contrepartie [870], la différenciation entre la concession de travaux et de services le fut moins. La présentation des éléments caractéristiques de la concession de services par Antonio La Pergola dans ses conclusions sur l'arrêt *BFI Holding* [871], malgré leur innovation, ne se distingue guère des éléments essentiels de la concession de travaux. Paradoxalement, l'encadrement exclusif issu de l'arrêt *Telaustria* [872] de la passation de la concession de services par des principes du droit primaire pose, en creux, les jalons du rôle de l'objet dans la différenciation des règles de passation applicables à deux contrats génétiquement identiques. Partant de là, l'on peut tenir pour constat que, contrairement au droit français, le risque d'exploitation est un agrégateur des concessions de travaux et de services, alors que l'objet principal est un déterminateur de leur régime de passation, l'une fondée sur le droit primaire et l'autre, sur le droit dérivé. La directive ainsi que l'ordonnance « concessions » n'innovent pas sur ce point, mais permettent de tirer toutes les conséquences de ce postulat sur certains contrats dont la détermination du régime juridique a souffert d'une instabilité chronique.

Le cas de la concession d'aménagement est topique de la novation introduite par ces textes. Comme l'a mentionné un auteur, la concession d'aménagement est un contrat qui « *s'est développé sous l'aile protectrice de l'État comme une sorte de domaine réservé* » [873]. Originellement scindée en deux contrats administratifs distincts [874], la

---

870 CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-275/98, Rec. *CJCE* 1999, I, p. 8305. En particulier les conclusions de ALBER, point 27 et 29. Voir aussi, concernant de la distinction fondée sur le critère financier, CJCE, 22 juin 1993, *Commission* c/ *Royaume de Danemark* (*Affaire dite du pont du Storebaelt*), aff. C-243/89, Rec. P I-3353 et s ; concernant la distinction fondée sur le transfert de responsabilité : CJCE, 26 avril 1994, *Commission* c/ *Italie*, aff. C-272/91, concl. GULMAN, Rec. I-1409. On retrouve l'esprit de ces jurisprudences dans la directive 2004/18/ CE qui définit la concession de services, en son article 1er, 4, comme un marché public de services dont la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit ce droit assorti d'un prix.

871 CJCE, 10 novembre 1998, CJCE, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, Rec., p. I-6824-6870, *BJCP*, n° 2/1999, pp. 155-170, concl. A. LA PERGOLA ; note, Ch. MAUGÜÉ.

872 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, préc., paragr. 60.

873 C. DEVES, « Les contrats publics d'aménagement » dans *Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, 2003, p. 95.

874 Introduite dans le paysage contractuel en 1959 par l'article 78-1 du Code de l'urbanisme, la concession d'aménagement va être scindée en deux contrats distincts : d'une part la convention d'aménagement qui

… / …

concession d'aménagement, contrat administratif *sui generis* par excellence [875], connaîtra au début des années 2000 une modification terminologique afin de marquer sa différence avec, d'une part, la délégation de service public soumise à la loi Sapin du 29 janvier 1993 [876] et d'autre part, les contrats de concession de services et ceux de travaux encadrés respectivement par le droit primaire et dérivé. Pour ce faire, la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains (SRU) du 13 décembre 2000 substituera à l'appellation concession d'aménagement, celle de convention publique d'aménagement. Cette tentative de préservation de la spécificité de la concession d'aménagement n'a pas été favorablement accueillie par les instances européennes qui transmirent à la France un avis motivé relatif aux conventions publiques d'aménagement conclues sur le fondement de l'article L. 300-4. Pour la Commission, en effet, les conventions d'aménagement constituent des concessions de travaux au sens des directives communautaires nécessitant publicité et mise en concurrence. En parallèle de la procédure en manquement qui avait été initiée, une juridiction administrative d'ordre inférieure a rappelé la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de soumettre les conventions publiques d'aménagement ayant pour objet la réalisation d'une zone d'aménagement concerté, sans préjudice pour l'exclusion légale de la loi Sapin, « *aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats* » [877]. La loi du 20 juillet 2005 [878] consacre le retour à la dénomination de concession d'aménagement et soumet la passation de ses contrats dans lesquels le concessionnaire est rémunéré substantiellement

---

n'est conclue qu'avec une société d'économie mixte ou un établissement public et, d'autre part, la convention d'aménagement qui est conclue avec tout aménageur.

875 Cette qualification doctrinale a été confirmée par le juge administratif pour qui la concession d'aménagement ne constitue ni un marché public, ni une délégation de service public : CE, 29 mai 2000, n° 204239, *SCP d'architectes Legleye* ; Rec., CE 2000, p. 190 ; *AJDA* 2000, p. 419, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *Contrats-Marchés publ.* 2000, comm. 6, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *RD imm*. 2000, p. 558, obs. F. LLORENS ; CE, 29 avril 2002, n° 240272, *Société Apsys international* : Rec., 2002, p. 159 ; *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 185, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *Dr. adm.* 2002, comm. 121, note A. MÉNÉMÉNIS. – CAA Versailles, 20 juin 2006, n° 03VE00208, *Société d'aménagement et de développement des villes du Val-de-Marne* ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 248, note G. ECKERT.

876 Dès 1994, l'alinéa 3 de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme disposait que « *les dispositions du chapitre IV de la loi n° 3-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de vie économique et des procédures publiques ne sont pas applicables aux concessions ou conventions établies en application du présent article* ».

877 CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, n° 01 BX00381, *Sodegis* c/ *Commune de Cilaos*, *BJDU* n° 1/2005, p. 28 ; *Dr. adm*. 2005, comm. 7 ; *AJDA* 2005, p. 257, note J.-D. DREYFUS ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 31, note J.-P. PIÉTRI ; *JCP A* 2005, 1070, note C. DEVÈS ; art. N. CHARREL, *CP-ACCP* 2005 ; E. FATÔME et L. RICHER, *CP-ACCP*, avril 2005, n° 43.

878 Loi n° 2005-809, 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement : Journal Officiel du 21 juillet 2005.

… / …

par les résultats de l'opération d'aménagement à des règles minimales de passation détaillée par le décret du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires [879]. Cependant, dans son arrêt du 18 janvier 2007 *Jean Auroux* c/ *Commune de Roanne*, la Cour de justice, répondant à une question préjudicielle posée par le tribunal administratif de Lyon, avait, de son côté, requalifié une convention d'aménagement en marché public de travaux au sens de la directive 93/37 du 14 juin 1993 [880]. Le décret du 22 juillet 2009 [881], tenant compte de la pluralité des régimes juridiques des concessions d'aménagement, a prévu deux procédures de passation fondées sur le risque significatif supporté par l'aménageur à partir du moment où les seuils européens étaient satisfaits [882]. Pour autant, le débat relatif à la nature de l'objet de la concession d'aménagement et par ricochet à celui de la procédure de passation adéquate ne semble avoir été résorbé comme en atteste le jugement rendu par la Cour administrative d'appel de Bordeaux le 16 mai 2016 dans lequel il considère que l'opération d'aménagement « *constitue une mission de service public* » [883]. La question d'une assimilation des concessions d'aménagement aux délégations de service public redevient légitime.

Toutefois, la solution introduite par l'ordonnance de transposition de la directive du 26 février 2014 enlève, en définitive, toute spécificité à la qualification de *mission de service public* de l'opération d'aménagement puisque celle-ci n'emporte que des conséquences classiques prévues par la directive [884]. À ce sujet, seul le critère du risque sert d'aiguilleur dans la détermination du régime applicable. En même temps, il atteste d'un effacement de l'objet dans cette première étape, pouvant laisser supposer à une perte définitive de son influence [885].

---

879 S. TRAORÉ, « L'assujettissement des nouvelles "concessions d'aménagement" à l'obligation de publicité et de mise en concurrence », *Construction-Urbanisme*, 1 juillet 2005, vol. 7, p. 4-5.

880 CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux* c/ *Commune de Roanne* : *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 38, note W. ZIMMER ; JCP A 2007, 2028, note C. DEVÈS ; *RD publ.* 2007, p. 1329, étude S. BRACONNIER.

881 Décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement.

882 Auquel cas, la concession d'aménagement dont le montant est inférieur au seuil européen fait l'objet d'une publicité et d'une procédure adaptée.

883 CAA Bordeaux, 31 mars 2016, *Société Objectif Développement,* n° 14BX01094 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 163, note G. ECKERT.

884 F. LLORENS et SOLER-COUTEAUX, « Concessions d'aménagement : la fin d'une exception », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2016, vol. 7, p. 1-2.

885 W. SALAMAND, « La lente disparition des spécificités du régime juridique des concessions d'aménagement », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 65-69.

… / …

Néanmoins, la troisième étape, mise en mouvement par la directive, tout en confirmant le rôle d'agrégateur du risque d'exploitation, ne remet pas pour autant en cause l'influence de l'objet de la concession dans le processus de mise en concurrence. Elle l'affermit plutôt et ce, à travers deux mouvements contraires.

En premier lieu, la reconnaissance des deux grandes familles de concession (travaux et services) et le rappel de la spécificité de chacune par le droit de l'Union européenne a contribué à cristalliser la *summa divisio* "*matérielle*" des concessions. Ce procédé emporte un certain nombre de conséquences qui vont dans le sens d'une plus grande aisance dans la qualification juridique des contrats de concession, mais aussi de la prise en compte de la nature de l'objet dans l'exécution du contrat.

En second lieu, est consacrée, malgré la spécificité des objets de la concession, leur neutralité dans le choix de la procédure de passation [886]. Se démarquant nettement du droit national et européen antérieur, la neutralisation des spécificités de l'objet des concessions, constitue une innovation importante qui concourt à l'unification de la procédure générale de mise en concurrence des concessions [887]. Ces évolutions peuvent sembler confirmer la perte d'influence de l'objet. Toutefois, leur impact doit être réévalué à la lumière de la nouvelle fonction jouée par l'objet qui constitue, d'après les textes européens et nationaux, la clé de répartition du régime juridique concessif spécial applicable aux concessions mixtes.

L'attrait de l'objet principal dans la captation d'un régime juridique spécial des concessions s'est substantiellement renouvelé. Celui de la valeur du contrat a également connu un rehaussement de son influence.

---

886 Se référer, à ce sujet, aux pages 135 et suiv. de cette thèse.

887 G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », art cit ; G. GAUCH, « Le champ d'application de la directive concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 22-25 ; S. DE LA ROSA, *L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession*, Paris, Société de législation comparée, 2014, 220 p ; P. MATTERA, « Les nouvelles directives "Marchés publics" et "Concessions" », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1 juin 2014, vol. 2, p. 369-385 ; S. BRACONNIER et E. KALNINS, « Nouvelles directives marchés publics et concessions – Petite révolution et grandes évolutions », art cit ; S. BRACONNIER, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 12 mai 2014, vol. 19, p. 959-967 ; K. BEN KHELIL et F. TENAILLEAU, « La recomposition du paysage des concessions », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 21 mars 2016, vol. 11, p. 37-43 ; *La nouvelle directive communautaire sur les concessions | Le blog du droit des contrats publics*, http ://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2013/09/23/la-nouvelle-directive-communautaire-sur-les-concessions/, (consulté le 31 janvier 2014).

B. L'importance de la valeur du contrat de concession dans la détermination du régime de passation

La valeur prévisionnelle reste un élément central de la détermination du régime de passation de la concession (1). Toutefois, la méthodologie de son expertise par le concédant soulève de nouvelles problématiques liées à la volatilité de certains paramètres de calcul (2).

1. La valeur, élément fonctionnel de détermination du régime de passation de la concession

La valeur prévisionnelle du contrat de concession fait incontestablement partie de ces concepts nouveaux européens dont le mécanisme de fonctionnement se décrit plus qu'il ne se définit. L'introduction au sein des contrats de concession de l'obligation de l'autorité concédante de déterminer la valeur prévisionnelle constitue certainement une innovation dont les conséquences juridiques et pratiques sont loin d'avoir été totalement cernées. Cet élément participe, comme il a été précédemment abordé, de la détermination de la durée de la concession. Mais encore, il concourt, conformément à l'article premier de la directive [888], à la détermination des règles procédurales applicables, et en cela, l'évolution avec le droit national est indéniable. En effet, les textes légaux encadrant la procédure des contrats de délégation de service public ne prévoyaient pas cette étape [889]. Cette lacune législative n'a toutefois pas constitué un obstacle à la pratique par les autorités délégantes d'une définition préalable des besoins dans la mesure où elle participe de l'efficacité du mode de gestion choisi. Cette absence législative doit cependant être relativisée au regard d'une double obligation. La première résulte de l'article 42 de la loi Sapin qui demande aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics de se prononcer « *sur le principe de toute délégation de service public local* » en statuant au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire [890]. La seconde résulte de l'ancien article L. 1411-1 du CGCT qui disposait

---

888 Article 1er : « *La présente directive établit les règles applicables aux procédures de passation de contrats de concession par des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, lorsque leur valeur estimée n'est pas inférieure aux seuils prévus à l'article 8* ».

889 La loi Sapin du 29 janvier 1993 ainsi que la loi Barnier du 2 février 1995 sur les services publics de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets.

890 Article L. 1411-4 CGCT : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local* « *après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1* ». *Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* ».

que « *la collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager* ». De cette combinaison de dispositions législatives, découlait la nécessité pour l'autorité concédante d'effectuer, préalablement à la procédure de passation, une évaluation de ces besoins et par là une estimation de la valeur du contrat. La situation ne fut pas différente s'agissant des concessions de travaux publics. Si l'article 6 alinéa 1er de l'ordonnance du 15 juillet 2009 posait, en des termes généraux, le principe de la détermination des besoins à satisfaire par les contrats de concession de travaux publics [891], il ne mentionnait pas la nécessité de procéder à la détermination de la valeur du contrat. Le changement de paradigme imposé par la directive et la place solennelle accordée à cet élément dans la passation des contrats de concession contraste avec son inexistence normative et jurisprudentielle antérieure.

L'influence de la valeur résulte directement de sa fonction. C'est en effet la valeur prévisionnelle de la concession qui commande le choix de la procédure de passation. Y. Simonnet ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que l'expertise de la valeur prévisionnelle de la concession « *est directement liée à la nécessité de déterminer la nature de la procédure de mise en concurrence et de publicité à mettre en œuvre* » [892]. Sa détermination constitue dès lors une étape importante. La pratique concessive nationale comporte bien des exemples d'une détermination de la procédure de passation par le montant du contrat. C'est ainsi que, concernant les délégations de service public, le choix de la procédure simplifiée ou formalisée était établi selon que le montant de la délégation était inférieur ou supérieur à 106.000 euros. Pour les concessions de travaux, l'article 10 alinéa 2 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 soumettait à la procédure formalisée les concessions dont le montant était supérieur à 5.186.000 euros, et à la procédure simplifiée les concessions dont le montant était inférieur. L'article 8 alinéa 2 de la directive opère une évolution heureuse en consacrant l'unicité de seuil [893] applicable à l'ensemble des contrats de concession conditionnant l'application des règles de procédure, qu'il s'agisse de concessions de travaux ou de services. De plus, la détermination de la valeur prévisionnelle de la concession est auréolée d'un caractère obligatoire pour l'autorité concédante qui ne peut s'en soustraire.

---

891 Article 6 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux, repris par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

892 Y. SIMONNET, « Détermination de la valeur et de la durée des concessions », art cit.

893 Ce seuil, fixé par la directive à 5.186.000 euros, a été révisé conformément à son article 9 à 5.225.000 euros.

2. L'amplitude relative des paramètres d'appréciation de la valeur

L'article 8 de la directive « concessions » présente, sans être exhaustif, les éléments devant être pris en compte pour le calcul de la valeur prévisionnelle. Ainsi, cette valeur correspond « *au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services* » [894]. Il faut toutefois relever que cette conception de la valeur prévisionnelle de la concession épouse celle de la jurisprudence nationale qui, durant les rares fois qu'elle a eu à s'appesantir sur la question, s'est fondée sur l'examen des recettes liées à l'exploitation, c'est-à-dire le chiffre d'affaires pour déterminer la valeur de la délégation de service public [895]. Cet article consacre aussi, de par la formule utilisée, la différenciation conceptuelle entre la valeur estimée d'une concession et celle des marchés publics [896]. Le mode de calcul prévu par la directive et transposé à l'article 7 du décret du 1er février 2016 a aussi le mérite d'illustrer la place de la composante financière dans l'identification de la procédure [897] et des modalités d'exécution des concessions [898]. Selon F. Linditch, l'estimation de la valeur de la concession « *manifeste nettement le souci d'aller plus loin dans l'appréhension des éléments financiers qui fondent le contrat de concession* » [899]. À ce souci de complétude des éléments financiers pris en compte s'ajoute une obligation de sincérité de l'autorité concédante dans l'estimation de la valeur prévisionnelle de la concession. Découlant directement de l'alinéa 4 de l'article 8 de la directive, l'obligation de sincérité fait défense à l'autorité concédante de chercher par le biais du choix de la méthode de calcul de la valeur prévisionnelle de la concession à soustraire cette dernière de l'application de la directive. Deux éléments permettent d'observer ses implications.

---

894 Formule que l'on retrouve dans le considérant 23 de la même directive.

895 TA Lyon, 4 novembre 1998, *Préfet de l'Ardèche*. Pour appréhender la distinction de finalités entre chiffre d'affaires et résultat d'exploitation, voir notamment CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville* n° 289234, *AJDA* 2006, p. 2340, concl. D. CASAS ; préc.

896 Cette autonomisation est importants vis-à-vis de la concession de travaux dont l'article 56 de la directive 2004/18/CE renvoyait le calcul de la valeur à la méthode applicable aux marchés publics prévue à l'article 9 de la même directive.

897 En ce sens, l'on peut citer les articles 35 et 36 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

898 L'article 54 de l'ordonnance relatif au pourcentage de sous-traitance par rapport à la valeur estimée du contrat.

899 F. LINDITCH, « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *Contrats et Marchés publics*, 6 mars 2016, n° 3, p. 30-36.

… / …

En premier lieu, l'obligation de sincérité s'apprécie à travers la transparence imposée à l'autorité concédante qui doit exposer dans la méthode de calcul de la valeur prévisionnelle de la concession dans les documents de la consultation.

En second lieu, il reviendra au juge administratif, à l'instar de ce qui se fait déjà pour les marchés publics [900], de vérifier si l'autorité concédante à procéder à l'évaluation sincère et objective de la valeur de la concession en fonction des éléments à sa connaissance au moment de cette dernière [901]. La rigueur de cette obligation de sincérité peut aussi s'apprécier dans l'existence même d'une double expertise de la valeur prévisionnelle de la concession et dont le droit national tire des conséquences procédurales lorsqu'une marge d'erreur de 20 % est établie entre l'estimation opérée au stade de l'envoi de l'avis de concession et au stade de l'engagement de la procédure. Dans cette circonstance, une nouvelle procédure doit être mise en œuvre lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies : il faut d'abord qu'au stade de l'engagement de la procédure, la valeur estimée dépasse le seuil européen actualisé, qu'elle soit supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'enfin toutes les obligations procédurales s'attachant au contrat dont la valeur excède le seuil n'aient pas été mises en œuvre initialement.

Concrètement, la méthodologie d'expertise de la valeur prévisionnelle de la concession par l'autorité concédante soulève de nouvelles problématiques. D'emblée, il importe de mentionner que la directive et les textes de transposition, en imposant, d'une part, un certain nombre d'éléments à prendre en compte dans l'établissement du chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire [902], et en insistant, d'autre part, sur le caractère non exhaustif de ces derniers, développent une approche extensive de la valeur de la concession. Toutefois, cette conception extensive se heurte à la limite même de l'exercice de l'estimation qui est soumise à l'évolution des contingences techniques et financières durant l'exécution de la concession. L'absence de mécanisme de détermination de la valeur réelle de la concession lors de son exécution ne permet pas de

---

900 CE, 14 mars 1997, *Préfet des Pyrénées-Orientales ;* n° 170319, *Quot. jur.* 14 août 1997, p. 2 ; *Marchés publ.* 4/1997, p. 34. Concl., G. LE CHATELIER.

901 CAA Bordeaux, 10 décembre 2002, n° 99BX00120, *Préfet de la Réunion* : *Dr. adm*. 2003, comm. 57, note A. MÉNÉMÉNIS.

902 Ces éléments cités à l'article 7 du décret du 1er février 2016 sont : la prise en compte toutes les options et en particulier les prolongations de durée raisonnablement prévisibles; les recettes perçues sur les usagers, en dehors des redevances collectées au profits de l'autorité concédante ou de tout autre personne; les apports concédés par l'autorité délégante ou toute personne publique, voire les autres apports financiers ; les subventions ou recettes tirées de la vente d'actifs faisant partie du contrat; la valeur des biens mis à disposition par l'autorité délégante tant qu'ils sont strictement nécessaires à la réalisation des travaux ou de l'activité ; la valeur de l'ensemble des lots si la concession peut faire l'objet d'allotissement.

s'assurer de la pérennité d'un risque opérationnel supporté par le concessionnaire et permet de relativiser l'obligation de sincérité qui ne porte pas d'effets sur les cocontractants durant l'exécution du contrat.

§ 2. L'AUTONOMISATION PROGRESSIVE DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

L'obligation de transparence, sous l'empire concurrent du juge français, européen et de la directive du 26 février 2014, s'est muée en un principe autonome dont les effets débordent du cadre classique de la passation (B). Son évolution ne coupe cependant pas le cordon ombilical qui le lie aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement (A).

A. Un principe préalablement adossé aux principes fondamentaux du Traité

Si les auteurs et la jurisprudence s'accordent à mettre en exergue la corrélation de rigueur entre l'obligation de transparence et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination (2), force est toutefois de constater que cette systématisation des fondements de la transparence est récente (1).

1. La justification *a posteriori* du fondement de l'obligation de transparence

L'appréhension du principe de transparence par le biais des dispositions communautaires consacrant la notion de concessions de travaux publics reste insatisfaisante même si leur définition précoce par le droit dérivé relatif aux marchés publics de travaux [903] a ouvert la voie à l'encadrement procédural partiel de leur passation. En effet, les représentants des États membres réunis au sein du Conseil ont adopté une déclaration le 26 août 1971 qui consacrait le principe de l'obligation de publicité des contrats de concession de travaux d'un montant global dépassant un million d'unités de compte [904]. Cette ouverture fut généralisée par la directive du 18 juillet 1989, consolidée par celle du 14 juin 1993 qui élargit l'obligation de publicité à toutes les concessions de

---

[903] Article 3 de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, préc.

[904] Déclaration des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, sur les procédures à suivre en matière de concessions de travaux, point I ; *JOCE*, 16 août 1971, n° C 82/13. Cette déclaration a été suivie par un modèle d'avis de publicité : Directive 72/277/CEE du Conseil, du 26 juillet 1972, relative aux modalités et conditions de publication des avis de marchés et de concessions de travaux, *JOCE*, 3 aout 1972.

… / …

travaux au regard notamment de « *l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique* » [905]. Toutefois, le principe de transparence ne résulte pas d'une consécration expresse du droit primaire ni par le droit dérivé [906]. Les fondements de cette soumission à l'obligation de publicité n'ont été posés que plus tard sous l'influence de la Commission [907] et du juge européen. Cette évolution disharmonieuse du droit nous conduit à affirmer qu'il a existé en droit communautaire, préalablement à l'obligation de transparence, une obligation de publicité. Nous convenons cependant avec M. Amilhat qu'il serait réducteur de présenter le principe de transparence comme une simple obligation de publicité [908]. Le principe de transparence impose, en effet, des obligations spécifiques aux pouvoirs adjudicateurs lors de la passation de leurs contrats publics. Elle se conçoit comme une obligation d'informer les potentiels candidats de la volonté de l'autorité concédante de contracter et de diffuser aux soumissionnaires des informations portant sur la procédure de passation d'une part, et comme une obligation d'informer sur l'issue de la procédure, d'autre part.

2. L'adossement originel de l'obligation de transparence au principe d'égalité et de non-discrimination

Le droit national relatif aux délégations de service public et le droit communautaire des concessions s'accordent à démontrer que l'obligation de transparence est une condition du respect du principe de non-discrimination. En effet, par son célèbre arrêt *Telaustria* [909], la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que « *nonobstant le fait que de tels contrats* [concessions de services] *sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive […], les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la*

---

905 Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

906 L. RICHER, « La transparence et l'obstacle » dans *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, 2006, vol. I, p. 175 ; Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics » dans *Mouvements du droit public : Mélanges en l'honneur de F. Moderne,* 2004, p. 609.

907 Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire : Journal Officiel des communautés européennes du 29 avril 2000, préc.

908 M. AMILHAT, « Passation des marchés publics – principes fondamentaux », JurisClasseur Administratif, Fasc. 635, avr. 2015, paragr. 43.

909 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998, I, p. 10745, préc.

… / …

nationalité en particulier » [910]. La Cour de justice précise ensuite l'articulation entre l'obligation de transparence et le principe de non-discrimination en ajoutant que ce dernier « *implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté* » [911]. Pour G. Eckert : « le *principe de non-discrimination fait peser sur les autorités publiques […] une obligation positive consistant dans la mise en œuvre d'une publicité adéquate et d'une procédure impartiale* » [912]. Le principe de transparence n'est en définitive pas doué d'autonomie [913]. Il n'est que, à l'instar du principe de non-discrimination en raison de la nationalité [914], la manifestation du respect des principes de l'égalité de traitement [915] durant la mise en concurrence d'une concession [916]. Pour la Cour de justice [917] et les avocats généraux [918], l'obligation de transparence est un corollaire des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

C'est un raisonnement analogue qui a conduit le juge constitutionnel, lors du contrôle de constitutionnalité *a priori* de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, à conclure que l'obligation de transparence qui impose une publicité préalable a pour objet de favoriser

---

910 Point 60.

911 Point 61. Voir aussi CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano* (*Coname*) c/ *Comune di Cingia de Botti* : Rec. *CJCE* 2005, I, p. 7287 ; *AJDA* 2005, p. 2340, E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; *RDUE*, n° 4, 2005, p. 845, B. KOTSCHY ; *Europe* 2005, comm. 338, L. IDOT ; *JCP* A 2005, 1783, D. KATZ ; points 16 à 19 ; CJCE, 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH* c/ *Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* : Rec. *CJCE* 2005, I, p. 8612 ; *AJDA* 2005, p. 2340, E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; *RDUE*, n° 4, 2005, p. 845, B. KOTSCHY ; RJ com. 2005, p. 503, A. RAYNOUARD ; *JCP* G 2005, I, 197, C. BOITEAU ; *Europe* 2005, comm. 411, E. MEISSE ; *Gaz. Pal.* 2006, 1, p. 30, M. NICOLLELA ; *JCP* A 2006, 1021, D. SZYMCZAK ; points 46 à 49.

912 G. ECKERT, « Passation du contrat », JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, Fasc. 420, mai 2016, paragr. 14.

913 Voir en ce sens : P. CASSIA, « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, 1 juillet 2002, vol. 3, p. 413-449.

914 CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, précité, point 48 ; voir également CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-260/04, Rec. p. I-7083, point 23.

915 Article 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

916 CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, aff. C-196/08, *Rec. CJCE* 2009, I, p. 9913 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 35, note W. ZIMMER ; *BJCP* 2010, n° 68, p. 39, concl. D. COLOMER et obs. R.S. ; *CP-ACCP* janvier 2009, p. 12, obs. S. CHAVAROCHETTE-BOUFFERET.

917 CJUE 9 sept. 2010, *Ernst Engelman*, C-64/08.

918 Conclusions J. KOKOTT (1er mars 2005) sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH* c/ *Gemeinde Brixen* et *Stadtwerke Brixen AG*, préc. point 36 : « *le principe de non-discrimination va de pair avec une obligation de transparence. Ce n'est en effet que si l'attribution d'un marché ou d'une concession est effectuée de manière transparente qu'il peut être établi que le principe de non-discrimination a été respecté en l'espèce ou, au contraire, qu'une décision arbitraire a été prise en faveur ou à l'encontre d'un soumissionnaire donné* ».

… / …

« *un égal accès à l'octroi de délégations de service public* » [919]. Il érigera la transparence des procédures de passation des contrats de la commande publique en principe constitutionnel en le faisant découler des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 [920]. Après avoir reconnu au principe de transparence - à l'instar des autres principes fondamentaux de la commande publique - le caractère de principe général du droit [921], le Conseil d'État, dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation de la loi, vérifie que les règles de transparence des délégations de service public posées par le Code général des collectivités territoriales concourent au respect des règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne (dont le principe de non-discrimination en raison de la nationalité) [922]. L'étude du fondement de l'obligation de transparence que constitue le principe de non-discrimination concourt à démontrer, nonobstant le lien originel, que la transparence constitue désormais un principe juridique autonome.

B. Un principe désormais autonome

L'autonomisation de la transparence prend sa source dans la fragilité de l'argumentation visant à la présenter exclusivement comme la manifestation du respect du principe de non-discrimination et d'égalité de traitement (1). Les juridictions nationales et européennes ont réinterprété la transparence pour l'ériger au rang de principe. Cette position a été consolidée par la directive « concessions » (2).

1. Une autonomie favorisée par la fragilité de la corrélation avec les autres principes de la commande publique

Contrairement au principe d'égalité de traitement [923], le principe de non-discrimination hérite indéniablement d'un soubassement textuel en droit communautaire primaire. Ce principe résulte d'abord des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui prohibent les discriminations en raison de la nationalité dans les domaines

---

919 Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, préc., point 38.

920 Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 *DC relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* : *AJDA* 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; *Dr. adm.* 2003, comm. 188, obs. A. MÉNÉMÉNIS ; *Contrats-Marchés publ.* 2003, doctr. 18, F. LINDITCH ; *RDP* 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE.

921 CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin* ; n° 246921, *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 207, note F. LLORENS.

922 CE, 1er avr. 2009, n° 323585, *Communauté urbaine de Bordeaux et société Kéolis* : *Rec*. CE 2009, p. 110 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 162, obs. P. SOLER-COUTEAUX ; *AJDA* 2009, p. 1889, obs. F. TRAIN ; *RDP* 2010, p. 217, note G. ECKERT.

923 P. Cassia, « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », art cit.

… / …

d'application du droit primaire européen [924]. Il est consolidé dans certains secteurs spécifiques par l'existence de dispositions particulières le proclamant notamment dans les relations entre les travailleurs salariés des États membres [925] ou de la libre prestation de services et la liberté d'établissement [926]. La Cour de justice a cependant pallié l'absence de consécration du principe d'égalité par le droit primaire en l'élevant au rang de principe général du droit [927] faisant partie intégrante des principes fondamentaux du droit communautaire [928]. Cette différenciation des sources ne conduit cependant pas automatiquement à une autonomisation concrète des notions. Une partie de la doctrine, s'appuyant sur des arrêts de la Cour de justice, prône l'assimilation conceptuelle des deux notions. Pour P. Cassia, « *à travers le principe de non-discrimination, c'est en réalité le principe d'égalité qui transparait* » [929]. Cette approche rejoint celle du juge de l'Union [930] et de la Commission dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire qui considèrent le principe de non-discrimination comme « *seulement une expression spécifique* » du principe d'égalité de traitement [931]. Toutefois, plusieurs éléments conduisent à penser, en ce qui concerne tout particulièrement le principe de transparence, à une autonomisation de ce dernier.

2. Le renforcement de la spécificité et de l'autonomie du principe de transparence dans la passation des concessions

La directive « concessions » codifie le double mouvement de spécialité et d'autonomisation du principe de transparence dans les concessions élaborée conjointement par les juges européen et national. La bonne fortune du principe a d'abord résulté de la distension de la consubstantialité originelle qui lie la transparence au « *degré de publicité adéquate* ». En effet, le juge de l'Union a évoqué pour la première fois dans

---

924 Article 18 du TFUE : « *Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

925 Article 45 du TFUE

926 Article 49 et 56 du TFUE

927 CJCE, 7 novembre 2000, aff. C-168/98, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Rec. *CJCE* 2000, I, p. 9131, spéc., point 23.

928 CJCE, 25 novembre 1986, aff. 201/85 et 202/85, *Klensch*, Rec. *CJCE* 1986, p. 3477, point 9.

929 P. CASSIA, « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », art cit.

930 Voir en ce sens CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, précité, point 48 ; voir également CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-260/04, Rec. p. I-7083, point 23

931 Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, préc. Point 3.1.1. ; Voir aussi CJCE, 8 octobre 1980, affaire 810/79, *Überschär*.

… / …

son arrêt *Commission contre Italie* [932] l'existence d'un « *principe général de transparence* » qu'il distingue de « *l'obligation de transparence* » consistant en un degré de publicité adéquat. À cet égard, la Cour souligne que « *l'absence totale de mise en concurrence [...] viole le principe général de transparence ainsi que l'obligation de garantir un degré de publicité adéquat* ». Ce faisant, le juge de l'Union amorce un glissement des fondements juridiques de la transparence. Présenté initialement comme un objectif, la transparence dans les concessions est peu à peu devenue un principe qui irrigue non seulement la passation mais aussi la vie du contrat. Cet arrêt, à défaut d'être considéré comme l'acte de naissance du principe général de la transparence [933], démontre toutefois la volonté du juge européen d'ériger la transparence au panthéon des règles autonomes dont la matérialisation ne saurait se limiter à la mise en œuvre d'une procédure de publicité. Ce processus de dévoilement de la spécificité de la transparence a ensuite été repris, sous une modalité différente, par le juge national. Il s'est agi pour la juridiction administrative de consolider la transparence dans la délégation de service public par l'imposition d'une publicité adéquate même dans le silence la loi. En effet, par la décision *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* [934] du 23 décembre 2009, le Conseil d'État indique que « *la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public, avant le dépôt de leurs offres, une information sur les critères de sélection des offres* ». La circonstance que la loi Sapin ne contienne aucune exigence en ce sens « *est sans incidence sur l'obligation d'informer également ces candidats des critères de sélection de leurs offres* ».

La découverte par les juges de la Haute juridiction administrative d'une obligation d'informer les candidats des critères de sélection des offres alors qu'aucun texte ne le prévoit permet aussi de souscrire à l'idée d'une autonomisation du principe constitutionnel de la transparence des autres principes de la commande publique. Invoquant la nécessité de faire respecter les principes de la commande publique, le juge administratif se démarque toutefois de l'interprétation constitutionnelle en n'adossant cette obligation de publicité des critères de sélection des offres à aucun autre principe de

---

932 CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/Italie*, aff. C-260/04, Rec. p. I-7083, point 25.

933 À l'inverse, un auteur considère cet arrêt comme l'acte de naissance de la notion de principe fondamental du droit de l'Union : M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p. 154 et suiv.

934 CE, 23 décembre 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : n° 2009-017405 ; *Contrats-Marchés publ*. 2010, comm. 83, note Ph. REES ; Voir aussi : S. BRACONNIER et MOURIESSE, « Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 février 2010, vol. 2, p. 43-44.

… / …

la commande dont la transparence concoure à la réalisation. Pour Marie-Charlotte Bontron, la publicité des critères de sélection des offres ne produit aucune incidence sur d'une part, « *la liberté d'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, ces derniers ayant déjà accédé, à ce stade, à la procédure de passation* ». D'autre part, « *il ne résulte aucune rupture d'égalité dans la décision de transmettre ou de ne pas transmettre une information appropriée des critères à l'ensemble des candidats* » [935]. La proclamation des principes par l'article 3 de la directive 2014/23/UE parachève, du moins sur le plan formel, cette autonomisation. En effet, le principe de transparence est présenté comme un principe autonome du droit dérivé dont les modalités d'application concourent à la réalisation d'autres objectifs. L'autonomie fonctionnelle du principe de transparence n'est pas détachable de sa consécration par l'arrêt *Telaustria* puisque, en garantissant en faveur du soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquate, le principe de transparence participe nécessairement à l'ouverture des concessions à la concurrence [936]. Dès lors, la transparence est mobilisée tant en début de procédure par le biais d'une publicité permettant une ouverture de la concession à la concurrence, qu'en fin de procédure et au contentieux pour le contrôle de l'impartialité du processus de mise en concurrence.

935 M.-C. BONTRON, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, *op. cit.*, p. 441.

936 CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : préc., point 62 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, préc., point 46 à 49 ; CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, aff. C410/04, point 21.

CHAPITRE II.

LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE LA PASSATION DES CONCESSIONS

La concession n'est pas imperméable à l'encadrement de sa passation. Il est admis depuis longtemps, en droit communautaire, que la passation des concessions est soumise aux grands principes consacrés par la jurisprudence [937]. En droit interne, le principe d'égal accès des candidats à l'octroi de la délégation de service public a été solennellement posé par le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi Sapin [938]. Le corpus juridique relatif à la passation des concessions est emblématique des particularités procédurales propres à ce contrat administratif.

L'application des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement dans les concessions a connu des évolutions notables. Dans ses communications interprétatives, la Commission a considéré que la spécificité des concessions, notamment la sensibilité du secteur concerné par le contrat peut conduire à une application plus souple du principe d'égalité de traitement sous réserve que la procédure, et à défaut le choix du concessionnaire, se fasse de manière objective. L'introduction de cette souplesse contraste avec la rigueur du principe dans les marchés publics qui ne souffre d'aucune exception.

L'avènement de la directive concessions, sans remettre en cause ce principe d'individualisation de la procédure de passation par rapport aux marchés publics, a posé des règles d'attribution communes à toutes les concessions.

La prise en compte par le droit interne de la novation du régime de la passation des concessions permet d'analyser les influences du droit européen sur les pratiques juridiques nationales. D'un côté, les nouvelles dispositions confirme la disparition du principe de l'*intuitu personae* (**Section I**), De l'autre, les procédures de passation confirment le déclin de la marge de manœuvre de l'autorité concédante dans le choix du concessionnaire (**Section II**).

---

937 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, préc.

938 Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, préc.

SECTION I.

L'AFFAIBLISSEMENT DU PRINCIPE DE L'*INTUITU PERSONAE* DANS LA PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DE LA CONCESSION

La consolidation du régime de passation des concessions met en perspective l'altération de la spécificité du choix du concessionnaire. L'*intuitu personae* a de tout temps irrigué le contrat de concession dont il a constitué un élément fondamental incontestable (§ 1). La notion fait généralement référence à une opération dans laquelle la personnalité de l'une des parties a été déterminante du consentement de l'autre [939]. Appliqué aux contrats de concession, l'*intuitu personae* désigne le pouvoir discrétionnaire dont dispose le concédant pour choisir son concessionnaire sans aucune mise en concurrence préalable des candidats [940]. L'avènement d'un droit européen de la concession invite à relativiser son influence, notamment dans la procédure d'attribution des concessions (§ 2).

§ 1. L'INFLUENCE INITIALE DE L'*INTUITU PERSONAE* SUR LA PROCÉDURE DE PASSATION DES CONCESSIONS DE SERVICE PUBLIC

L'influence de l'*intuitu personae*, s'est à la fois manifestée par sa proclamation doctrinale et jurisprudentielle (A) et sa justification par le service public (B).

A. La proclamation de l'*intuitu personae* en tant que critère d'identification de la concession

La doctrine a été unanime pour reconnaître que l'*intuitu personae* fut une caractéristique intrinsèque de la concession [941]. Son absence excluait en toute hypothèse qu'un contrat administratif puisse être qualifié de concession. L'*intuitu personae* a été perçu, à l'instar de la personne publique et de l'objet, comme un critère d'identification de la concession [942]. L'*intuitu personae* enclenche selon A. Antoine un processus

---

939 H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016, p. 169.

940 T. ALIBERT, « "L'intuitus personae" dans la concession de service public : un principe en mutation ? », *La Revue administrative*, 1 novembre 1990, vol. 43, n° 258, p. 507-512.

941 C. BOITEAU, « Précisions sur la notion de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 28 février 2000, vol. 41, p. 10-17.

942 C. BETTINGER, *La concession de service public et de travaux publics*, *op. cit.*, p. 96 et suiv. ; J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*, p. 53 et suiv.

… / …

éminemment subjectif : le concédant « *souhaitant s'engager dans une relation contractuelle en considération des qualités de la personne est libre, non seulement d'identifier lesquelles de ces qualités sont essentielles, mais aussi de déterminer dans quelle mesure elles répondent à ses exigences* » [943].

La jurisprudence administrative a témoigné tout autant de l'importance de l'*intuitu personae* dans la concession [944]. D'une part, elle a insisté nettement sur « *la nécessité de tenir compte de la personnalité du concessionnaire* » [945] en ne soumettant pas la personne publique au respect d'obligations procédurales lors de la formation du contrat [946]. D'autre part, elle s'était posée en protectrice du principe qui sous-tend l'*intuitu personae* en refusant pendant longtemps d'exercer tout contrôle de l'opportunité du choix du concessionnaire [947]. Cette sacralisation de la place de l'*intuitu personae* dans la concession impose une recherche de ses justifications.

B. La justification de l'*intuitu personae* par le service public

Plusieurs éléments de justification ont été avancés pour expliquer la prééminence de l'*intuitu personae*.

Une première lecture a consisté à expliquer l'absence de procédure d'attribution dans la concession par le défaut d'enjeu financier pour la personne publique, concourant ainsi au renforcement de l'*intuitu personae*. Celle-ci nous semble erronée en ce qu'elle prend les manifestations pour la cause. L'absence d'enjeu financier direct pour le concédant est corrélative au procédé concessif. Elle peut motiver le choix du mode de gestion, mais ne constitue pas pour autant un critère d'identification de la concession, surtout si l'on se place du côté du concédant. On ne se trouve pas dans une logique d'achat public puisque

---

943 A. ANTOINE, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », *RFDA*, 1 septembre 2011, vol. 5, p. 879-892.

944 CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, Rec., p. 243.

945 CE, 22 novembre 1935, *Chouard*, Rec., p. 1081, S. 1936. III. 9, note R. BONNARD ; CE 30 octobre 1936, *Sibille*, Rec., p. 936.

946 CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron* : Rec., p. 1280 ; CE 24 janvier 1919, *Clauzel*, Rec., p. 68 ; CE 19 juin 1936, *Cromeck*, Rec., p. 672 ; CE 12 mars 1952, *Commune de Saugues*, Rec., p. 159 ; CE 3 mai 1974, *Flesch*, Rec., p. 259 ; CE 14 février 1975, *Merlin*, Rec., p. 109 ; CE 30 octobre 1936, *Sibille*, préc.

947 CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers*, Rec., p. 359 ; CE 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, Rec., p. 96 ; CE 18 mars 1988, *Loupias c/ Commune de Montreuil-Bellay*, Rec., p. 903 ; CE 21 septembre 1992, *Commune Bagnols-sur-Cèze*, Rec., p. 1105 et CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain et de Marly et a.* : *AJDA*, 1993, p. 340, chron. C. MAUGÜÉ et L. TOUVET.

… / …

le concessionnaire se rémunère essentiellement à partir de redevances perçues sur les usagers. Même si l'argent public n'est pas en jeu, l'intérêt général l'est à travers le travail public ou le service public concédé. La gratuité avancée est une arlésienne et ne peut constituer un critère d'application de l'*intuitu personae*. Dans le même sillage, la justification de l'effacement de l'*intuitu personae* par la soumission des concessions à la loi Sapin sur le fondement de la protection des deniers publics [948] paraît moins pertinente qu'en matière de marchés publics [949]. Le marché public consiste en la sélection d'une offre alors que la concession permet de choisir un collaborateur en raison de ses qualités.

Il a dès lors été avancé sur ce fondement que l'*intuitu personae* s'appliquait à tous les contrats administratifs complexes [950]. Tel a été le cas des accords qui supposent la mise en œuvre de hautes compétences techniques dont l'appréciation peut être subjective [951]. Pour ce faire, le Conseil d'État s'est fondé notamment sur le paragraphe 5 de l'article 18 du décret du 18 décembre 1882 qui disposait que « *l'objet dont la fabrication est exclusivement attribuée à des porteurs de brevets d'invention* » et « *les ouvrages et objets d'art et de précision* » ne peuvent être confiés pour leur exécution « *qu'à des artistes et industriels éprouvés* » [952]. Le principe de la nécessité de l'adjudication publique posé par l'ordonnance du 14 novembre 1837 pour les travaux communaux s'efface devant la complexité du mécanisme concessif qui « *exclut les procédures formalistes* » [953].

On notera que cette conception se distingue relativement de celle qui considère l'*intuitu personae* comme la manifestation de la traditionnelle liberté de la personne publique de choisir son concessionnaire. Cette dernière nous paraît plus à même d'expliquer, quoique partiellement, la prégnance de l'*intuitu personae*. Sa légitimé peut être fondée sur le fait que la découverte de l'*intuitu personae* en tant que caractéristique des concessions de service public et de travaux publics a été antérieure à la définition jurisprudentielle de ce type de contrat. Il a, en effet été admis, bien avant l'arrêt « *Gaz de*

---

948 Article 1er de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « *Ces principes* [de la commande publique] *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ».

949 L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, Thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 329.

950 A. DE LAUBADÈRE écrivait dans son célèbre Traité théorique et pratique des contrats administratifs en 1956 que « tous les contrats administratifs sont conclus intuitu personae A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 186.

951 CE 23 juillet 1920, *Marianne*, Rec., p. 749 ; CE 8 décembre 1916, *Labau*, Rec., p. 518 ; CE 13 mars 1905, *Fouché* ; CE 23 novembre 1934, *Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence*, S. 1936. III. 20 ; CE 11 janvier 1939, *Établissements Luteraan*, Rec., p. 11.

952 A. ANTOINE, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », art cit.

953 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 601.

… / …

Bordeaux », que « *le principe de l'adjudication est incompatible avec la nature du traité de concession* » [954]. Aussi, le juge administratif rappela dans sa décision *Drapeyron* que la jouissance de cette liberté par l'administration est intégrale [955]. Toutefois, l'intensité du traditionnel principe de liberté de choix du cocontractant dont l'*intuitu personae* constitue le corollaire ne s'explique véritablement que si l'on tient compte du binôme objet contractuel et mode contractuel. Le duo [956] service public (travaux publics) et mode concessif produit des effets juridiques que l'*intuitu personae* contribue justement à équilibrer.

Pour T. Alibert, « *le pouvoir que possède l'administration de choisir souverainement son partenaire ne peut s'appréhender qu'à la lumière de l'obligation qu'elle doit remplir : satisfaire le besoin d'intérêt général qu'exprime, que révèle le service public* » [957]. Outre la technicité de l'activité, la satisfaction de l'intérêt général qu'implique le service public nécessite l'application de règles spécifiques [958]. À ces contraintes initiales s'ajoutent celles relatives à l'absence d'une gestion directe du service public par la personne publique responsable. J.-P. Tran Thiet résume la situation de la plus belle des manières lorsqu'il affirme que : « *quand on choisit un délégataire de service public, on ne choisit pas simplement un fournisseur de gommes et crayons, on choisit quelqu'un qui doit être en contact avec l'usager, qui va être responsable, sous le contrôle de l'autorité publique, de la qualité du service* » [959]. La concession offre dans cette circonstance toute une gamme d'avantages. Elle offre l'assurance d'une gestion du service public par une personne privée ou publique qui sera soumise aux mêmes contraintes que si celui-ci était géré en régie. De plus, elle permet au concédant, spécificité de l'intérêt général oblige, de garder le contrôle sur les décisions et orientations stratégiques tout en conférant une relative liberté de gestion au concessionnaire. Le choix du concessionnaire constitue dès lors un processus de recherche d'un collaborateur de longue durée à l'exécution d'un service public. Il se fonde sur la confiance réciproque

954 CE, 23 juillet 1909, *Combret*.

955 CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron*, préc.

956 T. ALIBERT, « "L'intuitus personae" dans la concession de service public : un principe en mutation ? », art cit : « le service public imprime son sceau à la concession ».

957 *Ibid.*

958 B. PRADES, « Les relations entre le délégataire et le délégant. De la concurrence à la transparence », *AJDA*, 20 septembre 1996, vol. 9, p. 638-641.

959 J.-P. TRAN THIET, « La mise en concurrence en cas de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2004, vol. 239, p. 32-35.

… / …

qu'implique la conclusion d'un contrat complexe de durée relativement longue, portant sur un objet spécifique dont l'équilibre économique n'est pas assuré [960]. Pour autant, l'importance de l'*intuitu personae* dans la concession décline de manière progressive. Cette tendance s'est nettement accélérée avec l'encadrement procédural de la passation des concessions.

§ 2. L'EFFACEMENT PROGRESSIF DE L'*INTUITU PERSONAE* DANS L'ATTRIBUTION DES CONCESSIONS

La perte progressive de l'influence du principe de l'*intuitu personae* dans la procédure de sélection du concessionnaire s'explique non seulement par l'absence d'adaptation de l'intensité de la théorie selon les contrats (A), mais aussi par la théorie du choc des contraires qui est au désavantage de l'*intuitu personae* (B).

A. L'absence d'individualisation de l'intensité de l'*intuitu personae* selon le type de concession

Pour A. Antoine, « *l'intuitu personae, que ce soit au stade de la formation ou de l'exécution personnelle du contrat, ne peut donc être qu'objectivé en dépendant de la finalité de service public* » [961]. Si ces propos posent l'existence d'un lien de causalité entre le service public et l'*intuitu personae*, ils permettent aussi de se questionner sur l'intensité de la liberté de choix du cocontractant en l'absence de service public. Plusieurs approches peuvent être adoptées pour répondre à la question de savoir si la perte d'influence du service public et du travail public dans la formation du contrat de concession ne restreint pas, inversement, la liberté de l'administration de choisir son cocontractant.

En prenant la concession de service public comme archétype, une première formule consistera, par une approche comparatiste, à identifier le degré d'intensité de l'*intuitu personae* dans les marchés publics de gestion d'un service public. Rappelons succinctement que la qualité de marché public, en dehors des marchés publics de fournitures, découle plus du mode de rémunération du cocontractant et du risque d'exploitation qu'il supporte que de l'objet du contrat [962]. Sur ce fondement, la personne publique jouit de la liberté de choix de la formule contractuelle de gestion du service public [963]. Toutefois, la circonstance du choix du procédé du marché public ne confère

---

960 Voir en ce sens CE, 30 octobre 1936, *Sibille*, préc. ; CE, 23 juillet 1920, *Marianne*, préc.

961 A. ANTOINE, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », art cit.

962 Voir en ce sens p. 117 et suiv. de cette thèse.

963 CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

pas un degré d'intensité particulier à l'*intuitu personae*. Le marché restera nécessairement soumis aux règles de passation prévues par les textes encadrant la passation des marchés publics. En résumé, il est possible d'affirmer que le marché public immunise le service public contre l'*intuitu personae*. Cet exercice nous permet d'observer que c'est le choix de la formule contractuelle qui facilite d'une certaine manière l'épanouissement du principe de l'*intuitu personae*.

Une autre approche conduit à vérifier si la jurisprudence consacre l'existence de degrés d'intensité variable entre la concession de service public et la concession de travaux publics. Il est probable que le juge n'a pas eu l'intention d'accorder des degrés d'intensité variable à l'*intuitu personae* dans une concession de service public ou de travaux publics. Il arrive qu'il ne justifie pas directement l'*intuitu personae* par la prestation caractéristique principale de la concession, mais par d'autres éléments qui concourent à un intérêt général autre que celui poursuivi par le service public concédé.

L'encadrement progressif des contrats de concession initie une période de turbulences qui a remis en cause l'existence même du principe de l'*intuitu personae*.

B. Une perte d'influence dans toutes les catégories de concessions

Pour Patrick Sitbon : « *La conciliation des contraires que sont, d'une part l'intuitu personae et le principe du libre choix, et d'autre part, les principes d'égalité et de transparence relève, selon la formule de B. Dacosta d'une forme bénigne mais réelle de schizophrénie* » [964]. En effet, le processus d'objectivation de la passation des concessions de travaux [965] puis des délégations de service public [966] a naturellement irradié l'*intuitu personae*. La consécration des principes généraux de la commande publique dégagés par la jurisprudence sous l'influence du droit communautaire a participé à remettre en cause la place de l'*intuitu personae* dans l'individualisation de la concession par rapport au marché public [967]. Observant le phénomène de son déclin progressif, le Conseil d'État affirmait dans son rapport public de 2008 sur le contrat que « *si le principe de l'intuitus personae a longtemps autorisé, hormis en matière de marchés publics, une très grande*

---

964 P. SITBON, « Choix du délégataire : que reste-t-il de l'intuitu personae ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juin 2010, vol. 100, p. 121-123.

965 Les articles 9 à 11-2 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. L'ordonnance du 15 juillet 2009, préc.

966 La loi du 29 janvier 1993, complétée par la loi du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF ».

967 A. ANTOINE, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », art cit.

… / …

liberté de l'autorité publique dans le choix du contractant, notamment du concessionnaire ou du délégataire de la gestion de service public, il est davantage limité aujourd'hui par l'existence d'une mise en concurrence en amont de ce choix » [968]. Dans la même lignée, l'ordonnance du 29 janvier 2016 précise en son article 47 que « *les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* ». En définitive, l'évolution du régime de passation des concessions vers l'encadrement des possibilités de choix du concessionnaire semble effacer mécaniquement l'*intuitu personae* et conduit à s'interroger sur l'existence d'un antinomisme de principe entre l'*intuitu personae* et le principe de transparence. Un double faisceau d'indices milite pour un antagonisme de principe qui soutient que l'existence de l'un consacre le déni de l'autre.

D'une part, ce système de vases communicants est mis en exergue par les textes et décisions de justice qui établissent les règles de passation des concessions. L'ensemble du corpus juridique national et européen relatif aux concessions a invariablement contribué à l'effritement des fondements juridiques du principe de libre choix du concessionnaire. Nonobstant la poursuite d'objectifs différents et variés [969], les textes composant ce corpus juridique s'adossent tous à la nécessité d'un encadrement procédural de la passation des contrats de type concessif. La loi Sapin résume assez bien le dilemme auquel fut confronté le législateur [970] entre la volonté de maintenir au profit de la personne publique délégante une liberté de choix du concessionnaire et l'exigence de lutter contre l'opacité gouvernant la formation des contrats de type concessif [971].

D'autre part, l'antagonisme est particulièrement remarquable sous l'angle contentieux dans lequel le juge administratif effectue un contrôle de plus en plus étendu sur l'exercice, par le concédant, de sa liberté de choix du concessionnaire. En effet, initialement

---

968 Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, 2008, p. 111.

969 La loi 3 janvier 1991 avait créé un organisme spécialisé dans le contrôle sur les marchés publics et les délégations de service public supprimé par la loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit. Elle a aussi créé le délit d'« avantage injustifié » défini à l'article 432-14 du Code pénal. La loi Sapin allait dans le même sens et luttait contre la corruption dans la passation des contrats de type concessif Enfin, les règles européennes poursuivaient l'objectif d'achever le marché intérieur en luttant contre les atteintes à la corruption.

970 Selon le rapport BOUCHERY sur la corruption qui a donné préparation de la loi du 29 janvier 1993, « *le choix de déléguer l'exploitation d'un service public* […] *doit reposer sur la confiance et donc sur l'intuitus personae*. (...)*Il ne saurait être question de remettre en cause le droit, pour une collectivité publique, de choisir la personne à laquelle elle juge utile de confier l'exécution d'un service public* ». Rapport Bouchery, décembre 1992, p. 69 et suiv.

971 G. MARCOU, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 12 septembre 1994, n° 05, p. 875-890 ; J.-C. DOUENCE, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1 septembre 1993, vol. 5, p. 936-951.

réfractaire à tout contrôle sur le choix du concessionnaire, le juge administratif a décidé d'accroitre, sous l'empire de l'encadrement légal de la passation des concessions, son contrôle sur la légalité de la sélection du concessionnaire pour parvenir à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Avant la loi Sapin, le juge administratif partait du principe de l'effacement de l'*intuitu personae* dès lors que la personne publique prenait l'initiative d'organiser, avant l'attribution d'une concession, une mise en concurrence aux conditions précises. Elle perd son libre choix, l'obligeant alors, sauf à engager sa responsabilité, à désigner l'attributaire du contrat en respectant les critères prédétermines dans l'appel d'offres.

Finalement, il n'existe pas d'antagonisme frontal entre l'*intuitu personae* et le principe de transparence. Les textes d'encadrement des concessions ont toujours pris le soin de ménager une liberté de manœuvre au profit de l'autorité concédante, soit au niveau de la formation du contrat avec la liberté de choix du concédant, soit au niveau de l'analyse des offres par la négociation. Comme le dit Prades : « *confiance et concurrence ne sont pas incompatibles, au contraire elles se renforcent mutuellement* ».

SECTION II.

L'INFLUENCE DE L'ENCADREMENT DE L'ATTRIBUTION DES CONCESSIONS SUR LES MODALITÉS DE CHOIX DU CONCESSIONNAIRE

La soumission de tous les contrats de concession à des règles de passation n'est pas sans incidences. En premier lieu, l'attribution des concessions est soumise à une procédure spécifique qui appelle de la part des praticiens du droit une attention toute particulière. Aussi, la soumission d'une candidature est conditionnée par un examen renforcé de la situation personnelle du candidat (§ 1). Enfin, le choix du concessionnaire obéit également à des règles remaniées. Toutes ces étapes rappellent en définitive que l'attribution des concessions n'est plus libre, mais est soumise au respect des principes fondamentaux de la commande publique (§ 2).

§ 1. UNE SOUMISSION CONDITIONNÉE À LA QUALITÉ D'OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

D'usage fréquent en droit des marchés publics, la notion d'opérateur économique est devenue un des éléments structurants de la participation à la passation des concessions (A). Le régime de la sélection des candidats a également été renouvelé (B).

A. L'évolution de la notion d'opérateur économique

L'examen de la notion d'opérateur économique permet d'établir une cartographie de son évolution. Celle-ci peut schématiquement être résumée d'une part, à une lutte d'autonomisation vis-à-vis de notions connexes (1) et d'autre part, à une politique d'affranchissement vis-à-vis du critère organique (2).

1. Le délicat processus d'autonomisation de la notion d'opérateur économique

Précisons, que nonobstant le statut de « nouveau venu » en droit des concessions, la notion d'opérateur économique n'est pas inconnue du paysage contractuel français. Son point de propagation en droit interne est parti du Code des marchés publics de 2006 [972].

[972] Le décret nº 2006-975 du 1er août 2006 portant Code des marchés publics, J.O. du 4 août 2006. La référence n'existait pas dans le Code des marchés publics de 2001, ni de 2004.

… / …

Toutefois, celui-ci avait repris, à ce sujet, les directives marchés de 2004. Aussi, en s'abstenant de définir l'opérateur économique, la directive de 2004 [973] a contribué à faciliter son appropriation par les droits nationaux. C'est en définitive la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession du 26 février 2014 qui parachève le travail de conceptualisation de l'opérateur économique entrepris depuis 2004 par la jurisprudence. Son article 5 définit ce dernier comme « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou groupement de ces personnes ou entités, y compris des associations temporaires d'entreprises, qui offre l'exécution de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché* » [974]. Si cette définition de l'opérateur économique revient à affirmer, par un raisonnement circulaire [975], qu'un « *opérateur économique* [est] *celui qui présente sa candidature à un marché* » [976], elle a le mérite d'inscrire la notion dans un tracé jurisprudentiel développé par la Cour de justice des communautés européennes dont les racines remontent à l'arrêt *Höfner*. Certains auteurs [977] n'ont d'ailleurs pas manqué de faire remarquer, à juste titre, l'existence d'un cordon ombilical entre le concept d'opérateur économique et celui d'entreprise tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence communautaire [978]. Au surplus, la conception souple que le juge communautaire retient de la définition de l'entreprise l'a conduit à affirmer dans l'arrêt *Commission c/ République italienne* qu'une entreprise était par principe un opérateur économique [979]. Si cette affirmation a trouvé une application positive dans le cas susmentionné, il semble en revanche incertain d'en déduire que les deux notions admettent une assimilation parfaite. Certes, il est juridiquement soutenable d'affirmer qu'un opérateur économique est une entreprise. La définition de l'entreprise qui ne prend exclusivement fondement que dans la nature économique de l'activité milite

---

973 Précisons que cette terminologie, sans être définie par l'article 1er § 8, résume les qualificatifs de « prestataire de services » au sens de la directive nº 92/50, « fournisseur » au sens de la directive nº 93/36, ou encore « entrepreneur » au sens de la directive nº 93/37.

974 L'article 12 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 opte pour une définition similaire : « *toute personne physique ou morale* […] *ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services* ».

975 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 116.

976 *Ibid.*, p. 115.

977 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 384 et suiv.

978 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* c/ *Macrotron*, Rec. I-1979.

979 CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ République italienne*, aff., C-119/06, point 38 et suiv.

… / …

pour cette assimilation [980]. En ce sens, tout opérateur économique, en tant qu'il offre des biens et des services sur le marché [981], est une entreprise [982]. Dans le même sillage, la professeure H. Hoepffner soutient que constitue un opérateur économique, « *toute entreprise qui exerce une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* » [983]. Si les deux notions présentent indéniablement des similarités, elles n'ont toutefois pas vocation à se confondre. Elles se différencient d'abord par leur spécialité qui délimite leur champ de compétence matérielle. En effet, l'entreprise, sujet privilégié du droit de la concurrence [984], est une notion circonscrivant son champ d'application, ne se confond pas à l'opérateur économique, élément de détermination du champ d'application du droit de la commande publique [985].

Deuxièmement, force est toutefois de constater la sacralisation de la notion d'opérateur économique par le droit national alors même que l'article 1er § 8 de la directive 2004/18 cantonnait le terme à un rôle de simplification. En effet, c'est la diversité des termes désignant le candidat à un marché public [986] qui a conduit les rédacteurs de la directive à proposer un terme générique sans aucune volonté affichée de lui accorder une force juridique[987]. Toutefois, la rapidité avec laquelle le terme a trouvé sa place dans les marchés publics [988], puis dans les concessions [989] permet d'affirmer qu'il apportait au

---

980 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* c/ *Macrotron*, préc., point 21 ; CJCE, 16 mars 2004, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK-Bundesverband e. a.,* Rec. I-2493, point 46.

981 CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ Italie*, Rec. 2599 ; cette définition de l'activité économique est fréquemment rappelée, notamment dans les arrêts : CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, *Commission c/ Italie*, Rec. I-3851 ; CJCE, 12 septembre 2000, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, *Pavolov*, Rec. I-6451.

982 M. KARPENSCHIF, « L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics », *CP-ACCP*, août 2007, n° 68, p. 40.

983 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 115.

984 Avocat général P. MADURO, conclusions sur CJCE, 11 juillet 2006, *Fenin c/Commission*, aff., C-205/03P, présentées le 10 novembre 2005 : « *La définition de l'entreprise est indispensable pour dégager un critère clair afin de déterminer quelle est la ligne de césure pour l'application des règles de concurrence* ».

985 S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 555 ; M. KARPENSCHIF, « L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics », art cit.

986 La directive énonce les termes « entrepreneur », « fournisseur » et « prestataire de services » auxquels on peut ajouter les termes nationaux de personne publique et personne privée qu'on retrouve dans le Code de 2001 et 2004.

987 M. AUVRAY, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », Revue Lamy de la Concurrence, 1 octobre 2008, vol. 17, p. 68-80 : « *Tel semble donc être, a priori, l'unique destination de ce terme nouveau, à savoir accompagner, au plan terminologique, la refonte des trois précédentes directives marchés public* ».

988 Voir Code des marchés publics de 2006.

989 Article 12 de l'ordonnance "Concessions" ainsi que le décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

… / …

niveau national une solution concrète à l'hétérogénéité des termes désignant une entité susceptible d'être intéressée par une concession. Pourtant, faut-il le rappeler, l'opérateur économique reste, d'un point de vue utilitariste du moins, un terme générique qui n'offre pas d'autres avantages en dehors de celui de servir de ligne démarcation du champ d'application du droit de la commande publique à une entité. Aussi, a-t-elle su se diversifier en admettant au sein de cette catégorie générique des « sous-notions » [990] beaucoup plus aptes à situer l'entité dans les différentes étapes de la procédure. C'est ainsi que les notions de candidat et de soumissionnaire "spécialisent" l'opérateur économique en apportant une précision louable quant à son avancement dans la procédure d'attribution de la concession.

Outre son intérêt pratique, la définition du candidat et du soumissionnaire permet de rendre compte de la compatibilité de ces derniers avec la révolution contentieuse introduite par la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* [991]. En effet, l'ouverture à l'ensemble des tiers d'un recours en contestation de la validité du contrat administratif par la voie du recours de pleine juridiction a logiquement posé la problématique de l'identification des requérants. La Haute juridiction administrative a balisé le terrain de l'identification des requérants en distinguant les « tiers ordinaires » des « tiers privilégiés » et des « tiers évincés ». Toutefois, en l'état de la jurisprudence, les notions de soumissionnaire et de candidat ne correspondent pas parfaitement à celle de tiers évincé et de tiers ordinaire. En effet, dans son avis contentieux *Société Gouelle* rendu le 11 avril 2012 le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État a retenu une conception large de la notion de concurrent évincé dégagé par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* [992]. Pour le Conseil d'État, a la qualité de

---

990 En référence à l'hypothèse développée par B. SEILLER dans une communication : B. SEILLER, « Les limites de la simplification », *Les Petites Affiches*, 24 mai 2007, vol. 104, p. 28-35. : « *Je ne force guère mon goût pour la provocation en affirmant que la faiblesse du droit contemporain réside non dans son hermétisme terminologique mais* [...] *dans son incapacité à inventer de nouveaux concepts pour définir de nouvelles notions ou accompagner l'inéluctable processus d'affinement au sein des notions classiques par l'émergence de « sous-notions ». Si chacune de ces sous-notions était désignée par un terme ou une expression spécifique désignant une réalité précise et levant toute ambiguïté sur la chose désignée, il serait souvent bien plus facile de comprendre les règles en vigueur* ».

991 CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* ; Rec. CE 2014, p. 70, concl. B. DACOSTA ; *JCP G* 2014, *doctr.* 913, chron. G. ÉVEILLARD ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, repère 5, obs. F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 5, note P. REES ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, note F. BRENET ; *JCP A* 2014, act. 325, note M. TOUZEIL-DIVINA ; *JCP A* 2014, 2152, note J.-F. SESTIER ; *JCP A* 2014, 2153, note S. HUL ; *JCP E* 2014, 1228, note C. PRÉBISSY-SCHNALL ; *Procédures* 2014, alerte 26, focus M.-C. ROUAULT ; *GAJA*, préc., n° 116.

992 CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation* ; Rec. CE 2007, p. 360 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, repère 8, F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; comm. 254, note J.-P. PIETRI.

… / …

conçurent évincé « *tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable* » [993]. Cette notion engloberait dans l'hypothèse des concessions la qualité de soumissionnaire et de candidat. Cette opinion n'emporte pas conviction puisque tous les contrats conclus conformément aux dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession sont par principe soumis aux règles contentieuses dégagées par la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* qui limite expressément son application aux tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou l'une de ses clauses. Certains auteurs ont fait remarquer que « *cette conception nouvelle de l'intérêt à agir apparaît […] difficilement compatible avec la possibilité pour une entreprise n'ayant pas présenté sa candidature ou ayant déposé une candidature irrégulière de justifier d'un intérêt lésé, fermant ainsi la voie à ces sociétés d'une action qui leur avait été ouverte par la jurisprudence Tropic* » [994]. De ce fait, la notion de soumissionnaire, défini à l'article 12 de l'ordonnance Concessions comme « *l'opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de concession* » semble correspondre à la nouvelle conception du tiers évincé [995].

2. La conception globalisante de la notion d'opérateur économique

L'activité économique constitue le centre névralgique de l'identification de l'opérateur économique. En effet, si cette dernière, tout comme la notion d'entreprise, fait référence au caractère organique d'une entité, sa définition passe en réalité par la qualification matérielle de son activité [996]. Le juge européen a structuré le processus d'identification de l'opérateur économique en peaufinant sa jurisprudence par un double mouvement simultané de conceptualisation.

---

993 CE, avis, 11 avril 2012, n° 355446, *Société Gouelle*, Rec. CE 2012, p. 148 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 164, *Dr. adm*. 2012, comm. 64, F. BRENET.

994 E. LANZARONE et C. RUDLOFF, « L'action indemnitaire des tiers », *Contrats et Marchés publics*, 1 avril 2016, vol. 4, p. 19-22.

995 Il n'est cependant pas impossible que la notion de tiers évincé soit étendue à une partie de la catégorie de candidat que l'ordonnance définit comme « *l'opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de concession* ».

996 M. AUVRAY, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », art cit.

… / …

En premier lieu, il a adopté une conception libérale du critère organique qui a eu pour conséquence l'anéantissement de l'impact de la forme juridique de l'entité dans la définition de l'opérateur économique. Cette entreprise est forte de sens d'autant plus que l'opérateur économique, qu'il soit simple candidat ou soumissionnaire, est susceptible de se décliner en une multitude d'entités aux formes juridiques tout aussi diversifiées qu'originales. Il est de ce fait habituel de trouver, à côté des formes d'opérateurs économiques privés classiques [997], diverses formes juridiques telles que les associations [998], de groupement d'opérateurs économiques sous n'importe quelle forme [999]. Est également qualifiée d'opérateur économique une société en cours de formation dont le projet est suffisamment avancé de sorte à permettre au concédant d'apprécier, au plus tard à la date limite de dépôt des candidatures, ses garanties professionnelles et financières [1000].

Les personnes publiques peuvent également, sous certaines conditions, être des opérateurs économiques. Précisons que s'agissant du principe même de la candidature des personnes publiques à un contrat public, la Cour de justice a, par une décision du 18 décembre 2014 [1001], affirmé que si « *la possibilité de participation d'organismes publics à des marchés publics* (ou concessions) » est reconnue de longue date tant par les directives [1002] que par sa propre jurisprudence [1003], celle-ci n'est pas automatique. En effet,

---

997 On peut citer, sans prétendre à l'exhaustivité, les entrepreneurs, les fournisseurs, les prestataires, les sociétés (nationales ou étrangères), les sociétés d'économie mixte (locale, ou à opération unique) …

998 CJCE, 29 novembre 2007, *Commission* c/ *Italie*, aff. C-119/06, points 37 à 41 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98 à C-184/98, point 117 ; CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, C-244/94, point 21. En droit interne : CAA Lyon, 18 avr. 2013, *Commune de Saint-Nectaire* ; n° 12LY01547, *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 168, note G. ECKERT.

999 Sans préjudice pour le concédant d'exiger du groupement d'opérateurs économique attributaire de la concession de revêtir une forme juridique déterminé. Voir article 24 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

1000 CE, 19 décembre 2012, *SARL Labhya* c/ *Département de l'Aveyron* : n° 354873, *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 40, note ECKERT ; *RJEP* 2013, comm. 30, note F. BRENET.

1001 CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, *Contrats-Marchés publ.* 2015, point 30 à 38, comm. 37, note G. ECKERT.

1002 CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, préc., point 33 : « *La possibilité de participation d'organismes publics à des marchés publics, parallèlement à la participation d'opérateurs économiques privés, ressort déjà clairement du libellé de l'article 1er, sous c), de la directive 92/50, selon lequel le « prestataire de services » est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public, qui offre des services* ».

1003 CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl*, aff. C-107/98, point 51 ; CJCE, 7 décembre 2000, *ARGE Gewässerschutz*, aff. C-94/99, point 40 ; CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare* (*CoNISMa*) c/ *Regione Marche*, aff. C-305/08, point 38 ; CJUE, 19 décembre 2012,

… / …

elle précise en sus que c'est aux États qu'il revient la faculté d'habiliter ou non les entités publiques à agir comme opérateurs économiques et à fournir des prestations sur un marché. Cette approche européenne fait écho à celle du juge national sans que les deux conceptions ne s'imbriquent parfaitement.

En effet, il est contant en droit interne depuis l'arrêt du 16 octobre 2000 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* [1004] et l'avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard consultants* [1005] du 8 novembre 2000 rendus par le Conseil d'État que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité territoriale. Ce glissement du principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées vers un principe d'égale concurrence entre les opérateurs économiques privés et publics conduit à ce que le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie se double d'une seconde conception qui est celle de l'égalité des conditions de concurrence entre personne publique et personne privée. La décision d'assemblée du Conseil d'État *Ordre des avocats au Barreau de Paris* du 31 mai 2006 est venue systématiser les règles auxquelles sont soumises les personnes publiques lorsqu'elles entendent, indépendamment de leurs missions de service public, prendre en charge une activité économique. Celles-ci sont assujetties au respect du principe de spécialité et doivent justifier d'un intérêt public avec l'obligation de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché [1006]. L'important arrêt *Société Armor SNC* [1007] rendu en assemblée par la Haute juridiction administrative a clarifié les conditions spécifiques pour qu'une personne publique se porte candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique en

---

Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento c/ *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a*, aff. C-159/11, point 26.

1004 CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : n° 212054 ; Rec., p. 422 ; *AJDA* 2001, p. 662, note A. TREPPOZ ; *RFDA* 2001, p. 106, concl. C. BERGEAL.

1005 CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208 ; Rec., p. 492 ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. BERGEAL ; *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 8 ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS ; *JCP G* 2000, act. 2106 ; *AJDA* 2000, p. 1066.

1006 CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531 ; Rec. CE 2006, p. 272 ; *AJDA* 2006, p. 1592, chron. C. LANDAIS et F. LÉNICA ; *RFDA* 2006, p. 1046, concl. D. CASAS.

1007 CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 ; *JCP A* 2015, p. 2030, note PAULIAT ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 36, obs. L. de FOURNOUX ; *Dr. adm*. 2015, comm. 27, note BRENET ; *AJDA* 2015, p. 449, chron. LESSI et DUTHEILLET DE LAMOTHE ; *RFDA* 2015, p. 57, concl. DACOSTA.

… / …

abandonnant la jurisprudence *Département de l'Aisne* [1008] qui posait le principe selon lequel « *la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée […] à l'existence d'un intérêt public* ». Comme l'a fait remarquer un auteur [1009], l'exigence de l'intérêt public local dans la prise en charge d'activités économiques par les personnes publiques tout comme dans leur faculté à candidater à un contrat de la commande publique n'aboutit pas à une symétrie notionnelle parfaite tant en termes de consistance que des effets juridiques ; ce qui tend à confirmer la spécificité inhérente à la candidature des personnes publiques par rapport à leur intervention économique.

En second lieu, il s'est agi de consacrer la fonction structurante de l'activité économique dans l'identification de l'opérateur économique.

Structurante, parce qu'elle conditionne à elle seule, indépendamment des autres modalités, la qualité d'opérateur économique. Le juge administratif, actant de son accord avec le juge européen, l'illustre parfaitement dans son avis du 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, lorsqu'il déduit le défaut de qualité d'opérateur économique des organismes de gestion de prestations d'action sociale au bénéfice des fonctionnaires territoriaux du caractère non marchand de leur activité [1010]. Autrement dit, il ne saurait y avoir opérateur économique sans activité économique. La fonction structurante de l'activité nécessite de résoudre la délicate problématique relative à la délimitation de son champ. Une tentative a consisté à circonscrire l'activité économique en la définissant. Ainsi, une première définition a été proposée par l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, codifié à l'article L. 410-1 du Code de commerce qui la définit comme toute activité « *de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* » [1011]. Toutefois, cette définition

---

1008 CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne* : n° 324156 ; mentionné aux tables du Recueil Lebon ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. ECKERT ; *Dr. adm.* 2009, comm. 126, note G. MARSON ; *AJDA* 2009, p. 2006, note J.-D. DREYFUS ; *RFDA* 2010, p. 146, note G. CLAMOUR.

1009 J.-B. MOREL, « Le Conseil d'État se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », *AJDA*, 6 novembre 2006, vol. 37, p. 2064-2067.

1010 CE, avis, Ass. gén., 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315, *Contrats Marchés publ*. avril 2004, p. 33 ; *ACCP* juin 2004, p. 74, comm. E. FATÔME et L. RICHER : « *La qualification d'action sociale ne peut être reconnue* […] *que si, par leur contenu, elles présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand* ».

1011 Dernier membre de phrase ajouté par article 6 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public, J.O. 9 février ; *MTP* 17 février 1995, Suppl. TO, p. 304.

… / …

française de l'activité économique s'est révélée insuffisante et a été supplantée par la définition issue de la jurisprudence européenne. Celle-ci définit l'activité économique comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché* » [1012]. Cependant, la difficulté à déterminer les contours de la notion a invité à un changement de paradigme. Désormais, il s'agit moins de délimiter le champ matériel de l'activité économique, que d'admettre son aptitude à s'infiltrer dans tous les domaines d'activités. Cette conception large de l'activité économique tire son fondement de l'interprétation restrictive des activités non économiques [1013]. Ici encore, le rapprochement des notions d'opérateur économique et d'entreprise apparaît clairement, autour de la notion d'activité économique sans pour autant conduite à leur assimilation [1014].

Une fois la qualité d'opérateur économique reconnue à une entité, celle-ci est soumise aux règles d'examen des candidatures.

B. Le réajustement des conditions de sélection des candidatures

La possibilité de candidater est d'abord conditionnée par le fait que l'opérateur économique ne soit frappé qu'aucun motif d'exclusion de la procédure (1). C'est dans un second temps que sont pris en compte les niveaux de capacité de chaque candidat (2).

1. L'absence préalable de motifs d'exclusion : la diversité des interdictions à soumissionner opposables au candidat

L'ordonnance n° 2016-5 du 29 janvier 2016 établit dans le sillage de la directive « concessions » un régime spécifique d'interdiction de soumissionner qui s'avère plus complet et détaillé que les anciennes règles nationales [1015]. Elle distingue les interdictions « obligatoires et générales », des interdictions obligatoires propres aux concessions de

---

1012 CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98 à C-184/98, point 117.

1013 L. IDOT, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » dans *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 688.

1014 CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare* (*CoNISMa*) *contre Regione Marche*, aff., C-305/08, points 35, 42 et 43. Voir aussi CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff., C-159/11.

1015 Originellement, la loi du 29 janvier 1993 n'instituait pas d'interdiction de soumissionner en matière de délégation de service public. Elles ont été consacrées pour la première fois dans cette catégorie contractuelle par l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005. Cette règlementation n'a été rendue applicable que neuf ans plus tard, par l'article 16 de la loi du 14 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

… / …

défense et de sécurité [1016] et des interdictions « facultatives » de soumissionner. En cela, elle acte de l'harmonisation de la nomenclature avec les règles qui encadrent la candidature aux marchés publics et qui figurent aux articles 45 et suivant de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Ces différentes catégories peuvent être complétées, sous l'empire du droit national, par de nouvelles interdictions de soumissionner [1017].

L'article 39 1° de l'ordonnance du 29 janvier 2016 énumère les interdictions générales de soumissionner qui imposent à l'autorité délégante d'exclure de la procédure de passation les personnes [1018] ayant commis un certain nombre d'infractions prévues au Code pénal ainsi que le recel de telles infractions. Il s'agit, sans prétendre à aucune exhaustivité, de la participation à une association de malfaiteurs [1019], de corruption au sens large [1020], d'abus de confiance [1021], d'escroquerie et infractions voisines [1022], de faux et usage de faux [1023], de trafic de stupéfiants [1024], de blanchiment d'argent [1025] et de financement du terrorisme [1026]. Précisons que cette interdiction est inapplicable dans le cadre des contrats de concession de défense et de sécurité. Sont également exclus de la procédure de passation les candidats qui ont été définitivement condamnés pour des infractions pénales relatives au recouvrement de l'impôt [1027]. Dans les cas susmentionnés, la condamnation définitive pour ces incriminations entraîne, de droit, l'exclusion automatique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation de l'opérateur économique de toute la procédure de passation.

1016 Ces interdictions prévues à l'article 40 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ne front pas l'objet d'une analyse spécifique dans le cadre cette thèse.

1017 CJUE, 23 décembre 2009, aff. C-376/08, *Serrantoni*, *Contrats-Marchés publ*., 2010, comm. 62, W. ZIMMER.

1018 L'article 44 de l'ordonnance règle les conséquences des interdictions sur les candidatures groupées.

1019 Article 450-1 du Code pénal.

1020 Articles 432-10, 432-11, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1 à 445-2-1 du Code pénal.

1021 Article 314-1 du Code pénal.

1022 Articles 313-1 et 313-3 du Code pénal.

1023 Articles 421-1 à 421-2-4 ; 441-1 à 441-7 du Code pénal.

1024 Articles 222-34 à 222-40 du Code pénal.

1025 Articles 324-1, 324-5, 324-6 du Code pénal.

1026 Articles 225-4-1 et 225-4-7 du Code pénal.

1027 Articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du Code général des impôts.

… / …

Conformément à l'article 39°2 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, sont pareillement frappés par une interdiction de soumissionner les opérateurs économiques qui « *n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale ou n'ont pas acquitté les impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles dont la liste est fixée par voie règlementaire* ». Cette interdiction automatique admet des dérogations fondées sur la mise en œuvre par l'opérateur économique de mesures d'auto-apurement [1028] avant la date à laquelle l'autorité concédante se prononce sur la recevabilité de leur candidature.

Sont aussi concernés par cette interdiction les candidats qui sont en situation de liquidation judiciaire. S'agissant du candidat en situation de redressement judiciaire, il a la possibilité de participer à la passation s'il démontre être détenteur d'une habilitation à agir durant la durée prévisible de la concession [1029].

En outre, les candidats ayant été sanctionnés pour méconnaissance de la législation du travail [1030] sont également frappés d'une interdiction de soumissionner. Toujours dans le cadre de la législation du travail, l'article 39 4°, b) et c) élargit l'interdiction d'une part, aux candidats qui, à la date du « *31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la procédure de passation du contrat de concession, n'ont pas mis en œuvre l'obligation de négociation prévue à l'article L. 2242-5 du Code du travail* », et d'autre part, à ceux qui ont été condamnés au titre du 5° de l'article 131-39 du Code pénal ou qui sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés publics [1031]. L'interdiction mentionnée à l'article 39 4° ne s'applique toutefois pas à l'opérateur économique qui démontre que la peine d'exclusion des marchés publics n'est pas opposable du fait de l'obtention d'un sursis en application des articles 132-31 ou 132-32 du Code pénal, d'un ajournement du prononcé de la peine en application des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal ou d'un relèvement de peine en

---

1028 L'opérateur doit, avant toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, avoir « *acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations, ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord* ».

1029 Article 39 alinéa 3, a), b, et c) de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

1030 Spécifiquement, les candidats sanctionnés au titre des articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1, L. 8251-1 et L. 8251-2 du code du travail. Sont aussi concerné par cette interdiction les personnes condamnées au titre de l'article L. 1146-1 du code du travail ou de l'article 225-1 du code pénal.

1031 L'ordonnance précise dans ce dernier cas que l'interdiction ne s'applique pas « *lorsque la peine d'exclusion des marchés publics a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, le présent cas d'exclusion s'applique pour une durée de 3 ans à compter de la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction* ».

application de l'article 132-21 du Code pénal ou des articles 702-1 ou 703 du Code de procédure pénale. De la même manière, l'interdiction ne s'applique pas si l'opérateur économique établit qu'il n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du Code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation de l'article L. 2242-5 du Code du travail, et, enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute. Cette dernière dérogation est élargie aux opérateurs économiques qui font l'objet d'une mesure d'exclusion des contrats administratifs en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du Code du travail [1032].

L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 permet pour la première fois, dans des hypothèses très strictement encadrées, de déroger à l'ensemble des interdictions obligatoires de soumissionner. En effet, son article 41, mettant en œuvre le point 6 de l'article 38, de la directive du 26 février 2014 [1033], énonce que « *les autorités concédantes peuvent, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner […] à participer à la procédure de passation du contrat de concession, à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, que le contrat de concession en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des contrats de concession* ». Il reste, comme l'a fait remarquer la doctrine, que l'ordonnance s'est orientée vers une conception restrictive des éléments constitutifs de la dérogation [1034].

Quant à l'article 42 de l'ordonnance, il établit les cas d'interdiction de soumissionner « facultatives ». Il mentionne quatre hypothèses dans lesquelles une autorité concédante pourra écarter un candidat à un contrat de concession sans même examiner sa candidature ou son offre. Parmi ceux-ci figurent l'exclusion des personnes qui, « *au cours des trois années précédentes, ont été sanctionnées en raison d'un manquement grave ou persistant*

1032 Voir en ce sens l'article 39 5° de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

1033 « *Les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire* (...) *pour des raisons impératives relevant de l'intérêt public telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement* » ou « *lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée…* ».

1034 G. ECKERT, « Passation des délégations de service public : procédure issue de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 », *JurisClasseur Administratif*, janvier 2017, paragr. 119.

à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un précédent contrat », des candidats dont la participation à la procédure est incompatible avec le principe d'égalité de traitement en raison « *de leur volonté d'influer indûment le processus décisionnel, de leur connaissance d'informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence* », de la conclusion d'une entente, ou de l'existence d'une situation de conflit d'intérêts.

Ces interdictions de soumissionner sont « facultatives » au sens où, contrairement aux interdictions de soumissionner « obligatoires », un opérateur économique qui se trouverait dans une telle situation n'est pas obligatoirement exclu de la procédure de passation de la concession. Cette interdiction reste à la discrétion de l'autorité concédante. Il lui appartient également une fois qu'elle décide d'exclure l'opérateur économique de vérifier que l'exclusion est justifiée et proportionnée à la gravité des faits.

2. L'examen approfondi des candidatures

La sélection des candidats est le résultat de la prise en compte d'un ensemble de critères visant à s'assurer des aptitudes techniques et professionnelles des candidats d'une part, et des garanties financières et économiques nécessaires à la réalisation de cette typologique de prestations contractuelles d'autre part [1035]. Le processus répond désormais, sous l'impulsion des directives européennes et du juge administratif [1036], à une volonté d'objectivisation de l'analyse des conditions qui doivent être « *liées et proportionnées à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* » [1037]. L'autorité concédante peut, en fonction de l'objet du contrat de concession, fixer des niveaux minimaux de capacité qu'elle précise dans l'avis de concession ou, en l'absence d'un tel avis, dans un autre document de la consultation [1038]. En revanche, l'autorité concédante ne saurait faire usage de critères non communiqués pour écarter la candidature d'un opérateur économique. Nonobstant ces limites, l'autorité concédante jouit d'une marge d'appréciation significative dans l'appréciation des capacités techniques et professionnelles des candidats. Celle-ci intégrant nécessairement une part de subjectivité,

---

1035 O. DIDRICHE, « Les nouvelles règles en matière de passation des contrats de concession », *AJCT*, 2016, p. 243-248.

1036 CE, 14 décembre 2009, *Commune de La Roche-sur-Yon*, n° 325830 ; *BJCP* 2010, p. 98, concl. B. DACOSTA ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 87, obs. G. ECKERT.

1037 L'article 21 du décret du 1er février 2016 précise l'article 45 I de l'ordonnance du 29 janvier 2016 en énonçant que l'autorité concédante « *ne peut exiger des candidats que des renseignements et documents non discriminatoires et proportionnés à l'objet du contrat de concession* ».

1038 Article 21, II du décret du 1er février 2016.

… / …

le juge administratif tente selon les circonstances de la juguler dès lors qu'il considère qu'elle conduit à une rupture de l'égalité de traitement [1039]. S'agissant de l'appréciation de la capacité financière et économique, les critères imposés doivent exclusivement concourir à ce que l'autorité concédante s'assure de la solidité financière dont les candidats peuvent faire montre afin de sécuriser l'exécution de la concession [1040]. Ces critères ne doivent cependant pas conduire à restreindre abusivement la concurrence [1041]. L'autorité concédante peut également exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat de concession [1042]. En sus des éléments classiques d'examen des candidatures, s'ajoute la faculté [1043] pour l'autorité concédant un service public et l'obligation [1044] pour l'autorité délégante d'un service public, d'apprécier l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public [1045].

Il appartient également à chaque opérateur économique d'apporter les preuves de ses capacités et aptitudes en produisant une déclaration sur l'honneur certifiant qu'il remplit les conditions minimales de sélection et qu'il n'est frappé d'aucune des interdictions de soumissionner [1046]. Outre ses capacités intrinsèques, le candidat peut également demander que soient prises en compte les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques quel que soit le lien juridique qui les unit. Dans cette hypothèse, le candidat apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat [1047].

1039 Voir CE, 14 décembre 2009, *Commune de La Roche-sur-Yon,* préc., CAA Lyon, 10 mai 2001, *Ville de Lyon*, n° 00LY00675, *Contrats-Marchés publ.* 2002, comm. 17, note G. ECKERT ; *RFDA* 2001, p. 1365 ; *BJCP* 2001, p. 288, concl. F. BOURRACHOT et note C. MAUGÜÉ ; CAA Bordeaux, 3 mars 2009, *X et a*., n° 07BX02078, *JCP A* 2009, 2247 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 205, obs. G. ECKERT.

1040 CAA Douai, 11 mai 2006, *Société d'exploitation des marchés communaux*, n° 05DA00105, *JCP A* 2007, p. 2043.

1041 CAA Nantes, 22 décembre 1999, *District urbain agglomération nantaise*, n° 95NT00738.

1042 Article 19 du décret du 1er février 2016.

1043 Article 45 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

1044 Article L. 1415 CGCT ; voir également : CE, 24 novembre 2010, *Commune de Ramatuelle*, n° 335703 :; *BJCP* 2011, p. 26, concl. N. BOULOUIS ; *Contrats-Marchés publ.*. 2011, comm. 23, obs. G. ECKERT.

1045 Le Conseil d'État a toutefois précisé que dans l'exécution de la concession, les principes de continuité du service public et d'égalité des usagers devant le service public ne s'imposent au concessionnaire « *que dans les limites de l'objet du contrat de concession et selon les modalités définies par ses stipulations* » : CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, n° 398901; *JCP A* 2017, act. 188 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 140, note G. ECKERT ; *BJCP* 1er juillet 2017, p. 238, note G. PELLISSIER.

1046 *Idem*.

1047 Article 19, III, du décret du 1er février 2016 ; voir aussi : CJUE, 4 mai 2017, aff. C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o.*

Le choix des offres ainsi que la procédure de sélection du concessionnaire connaissent également des évolutions positives.

§ 2. L'ACTUALISATION DES PRINCIPES PRÉSIDANT AU CHOIX DE L'OFFRE ET À LA SÉLECTION DU CONCESSIONNAIRE

L'ordonnance du 29 janvier 2016 marque une avancée des règles d'encadrement du choix de l'offre et de la sélection du concessionnaire. La transformation de la logique de la négociation ainsi que l'actualisation de ses règles procédurales en constituent une illustration (A). De plus, la prise en compte entière du principe de transparence a conduit à une novation du régime des critères de sélection du concessionnaire (B).

A. La négociation des offres : une faculté encadrée

Indéniablement, la négociation constitue un outil de rationalisation des offres en permettant une concurrence effective avec pour objectif une baisse des coûts (1). Toutefois, son usage est encadré afin d'éviter une remise en cause des conditions initiales de la mise en concurrence (2).

1. De l'obligation de négocier à la liberté de négociation

La consécration par la directive du 23 février 2014 de la négociation dans la procédure de passation des contrats de concession ne relève pas, à proprement parler, d'une innovation du point de vue du droit français. L'ancien alinéa 5 de l'article 1411-1 du CGCT disposait en effet que les « *offres […] sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire* ». La négociation a, de longue date, constitué une « *étape majeure de la procédure de mise en concurrence des délégations de service public* » [1048]. Pour le professeur S. Braconnier, la négociation est une modalité d'application du principe de libre choix du délégataire qui résulte du caractère *intuitu personae* des contrats de concession de service public [1049]. Toutefois, l'évolution durant la première décennie des années 2000 de la réglementation relative aux contrats de type concessif a semblé ne plus faire de la négociation une caractéristique centrale de ces contrats. D'un côté, le juge administratif a entrepris de trouver un équilibre entre l'obligation légale de négociation

---

1048 J.-B. MOREL, « Le Conseil d'État se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », art cit.

1049 S. BRACONNIER, « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », *AJDA*, 13 mars 2006, vol. 10, p. 554-557.

des délégations de service public et l'exigence communautaire de l'égalité de traitement entre les candidats. De l'autre, en s'abstenant d'étendre le principe de la négociation aux contrats de concession de travaux publics issus de l'ordonnance du 15 juillet 2009 et du décret du 26 avril 2010, le pouvoir règlementaire, dans la lignée des textes européens, a semblé élever la négociation au statut d'une exception procédurale [1050]. En définitive, la directive concession, et c'est en cela qu'elle a innové, renouvelle et harmonise la négociation au sein de la procédure de la passation des concessions de services et des travaux, non pas en tant qu'une obligation procédurale, mais au titre qu'une faculté détenue par l'autorité concédante [1051].

La mutation de la négociation dans les contrats de concession, qui passe d'une logique d'obligation substantielle à une simple faculté, autorise une correspondance intellectuelle plus conforme à l'*intuitu personae* dont le mécanisme est également fondé sur la liberté [1052]. En cela, la directive, reprise par l'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 rétablit le cordon ombilical entre l'*intuitu personae*, le principe du libre choix du concessionnaire et la faculté de négocier. Ce réagencement ne doit cependant pas occulter les véritables motivations de la consécration de la faculté de négociation des autorités concédantes. En effet, le rétablissement de la liberté de négociation concourt à la fois à affermir la concurrence et à proposer des conditions économiques acceptables pour la collectivité publique et les usagers du service en rapprochant de manière beaucoup plus adéquate les offres des soumissionnaires des attentes de l'autorité concédante. Pour ce faire, l'autorité concédante jouit d'une relative souplesse pour organiser les modalités de la négociation. Elle reste en effet seule juge de l'opportunité de sa mise en œuvre et n'a pas, par conséquent, à fixer un calendrier de déroulement de celle-ci. Aussi, l'autorité concédante peut, conformément à l'article 26 du décret du 1er février 2016, circonscrire le nombre de participants à la négociation. Dans le même ordre d'idée, la jurisprudence administrative admet que l'autorité concédante peut, à tout moment du processus de négociation, décider de rompre les pourparlers avec certains soumissionnaires sans être tenue, à ce stade, de les informer de cette décision [1053] sous réserve du respect de la

---

1050 F. OLIVIER et C. LIET-VEAUX, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2016, vol. 7, p. 7-13.

1051 Article 37-6 de la directive sur l'attribution de contrats de concession.

1052 S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, *op. cit.*, p. 702.

1053 CE, 18 juin 2010, n° 336120 et n° 336135, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie*, *Dr. adm.* 2010, comm. 128, obs. F. BRENET ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 293, obs. G.

… / …

« *loyauté des relations processuelles* » [1054]. Ces différents éléments démontrent que les modalités de l'organisation par l'autorité concédante de la négociation sont relativement plus contraignantes que celles consacrées par la loi Sapin. En effet, le juge administratif a eu à rappeler à plusieurs reprises que la négociation sous l'empire de l'article 38 de la loi du 29 janvier 1993, alors même qu'elle était obligatoire, n'imposait aucune modalité organisationnelle ou procédurale à la personne publique [1055]. Il n'en reste pas moins que les nouveaux textes insistent sur la liberté d'organisation de cette négociation qu'ils ne limitent qu'en raison du risque de rupture du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

2. Une liberté procédurale encadrée

Le respect du principe d'égalité [1056] et la transparence des procédures ont, bien avant la consécration de la négociation par le droit européen, conditionné en droit interne la validité de la négociation des contrats de type concessif. L'article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui reprend expressément les limites matérielles et procédurales européennes relatives à la négociation concourt également à assurer le respect de ces principes en prohibant toute négociation portant sur « *l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation* » [1057]. Il est notable qu'en dehors de ces limites, l'autorité concédante qui aura décidé de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation doit garantir à ces derniers un traitement égalitaire. Le principe d'égalité implique de ce fait qu'elle applique par exemple les mêmes délais intermédiaires de

---

ECKERT ; CAA Versailles, 11 octobre 2012, *Société Georget Dépannages*, n° 11VE00399, *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 341, obs. M. UBAUD-BERGERON.

1054 Sur la question de la loyauté des relations processuelles, voir CE, 18 juin 2010, n° 336120 et n° 336135, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie ;* préc. Pour une application, voir TA Bordeaux, 24 mars 2015, *Société Transdev*, n° 1500857, *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 127, obs. H. HOEPFFNER ; CAA Bordeaux, 31 juillet 2008, *Société Aquitaine gestion urbaine et rurale* (*SAGUR*), n° 04BX00289, *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 245, note E. DELACOUR.

1055 Voir en ce sens : CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune de Bordeaux* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 259, obs. G. ECKERT ; CE, 18 juin 2010, n° 336120, n° 336135, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie ;* préc.

1056 CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 267, obs. E. DELACOUR ; *Contrats, conc. consom*. 2007, comm. 13, obs. C. PREBISSY-SCHNALL. Pour une application récente, voir également : TA Bastia, 7 avril 2015, *Corsica Ferries*, n° 1300938 : *AJDA* 2015, p. 1193, obs. S. NICINSKI.

1057 Article 46 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

… / …

remise de nouvelles offres à l'égard de l'ensemble des candidats participant à la négociation [1058].

Pour la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, une négociation portant sur l'un de ces éléments aurait pour effet de « *porter atteinte, de manière excessive, à l'économie générale du contrat et/ou remettrait en cause les conditions initiales de la mise en concurrence* » [1059]. C'est, au-delà des principes fondamentaux, l'identité conceptuelle et juridique du contrat que ces limitations tendent à préserver et laissent dès lors supposer que l'énumération des éléments exclut du champ de la négociation n'est pas exhaustive. Au sens large, toute négociation qui impliquerait de manière directe ou incidente le bouleversement démesuré de l'économie générale de la concession doit être sanctionnée par la jurisprudence [1060].

Dans le sillage du renouvellement des règles de la négociation, les nouvelles dispositions relatives aux concessions entérinent le renouveau du régime de la sélection du concessionnaire.

B. Le renouvellement du régime des critères de sélection du concessionnaire

Le nouveau régime de sélection du concessionnaire comporte des avancées significatives. Celles-ci s'illustrent, de prime abord, par l'encadrement de la liberté de choix des offres à travers la consécration du principe de l'intangibilité des critères de sélection (1). Ces avancées se manifestent également à travers l'obligation pour la personne publique de publier le système de hiérarchisation des critères (2).

1. La soumission des critères d'appréciation des offres au principe d'intangibilité

La procédure de sélection des offres est topique des changements induits par la transposition de la directive « concessions ». L'ère *ante* loi Sapin, caractérisée par une liberté totale de la personne publique pour sélectionner le concessionnaire, a laissé la

---

1058 CE, 15 juin 2001, *SIAEP Saint-Martin-de-Ré*, n° 228856 ; Lebon, p. 265 ; *AJDA* 2001, p. 1090, note J.-P. MARKUS.

1059 Direction des affaires juridique [Ministère de l'économie et des finances], fiche technique « Modalités de mise en concurrence des contrats de concession », 29 septembre 2016.

1060 CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France, Société Idex Energies et Société CDC Infrastructure* ; n° 373159, *BJCP* 2014, p. 292, concl. G. PELLISSIER et obs. S.N. ; *Contrats-Marchés publ.*. 2014, comm. 111, obs. G. ECKERT ; *AJDA* 2014, p. 1778, obs. VILA.

… / …

place, par le truchement de la loi du 29 janvier 1993, à une procédure de sélection du délégataire tout en restant muette sur les critères de jugement des offres. Ce dernier point fut singulièrement affermi avec les réformes de 2016 relatives aux contrats de concession. Ainsi, la marge de liberté du choix des offres au profit de la personne publique contractante qui subsistait sous la loi Sapin tend à être de plus en plus encadrée avec la consécration du principe d'intangibilité des critères de sélection dans les contrats de concession [1061].

Le principe d'intangibilité des critères de sélection des offres et du concessionnaire constitue le corollaire des principes de transparence des procédures dans l'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats [1062]. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État du 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, ces principes fondamentaux impliquent, dans le cadre des contrats de délégation de service public que « *la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une délégation de service public avant le dépôt de leurs offres, une information sur le critère des sélections des offres* » [1063]. Le principe d'intangibilité, codifiée par l'ordonnance et le décret relatifs aux contrats de concession, impose, de prime abord, que les critères de sélection des offres ainsi que leur description soient fixés et rendus publics avant le lancement de la procédure de passation. Dans le même sillage, la nouvelle règlementation établit le principe de la pluralité et de la non-discrimination des critères de sélection des offres. Ces derniers doivent également être « *précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution* » [1064]. Ensuite, une fois les critères de sélection établis, l'autorité concédante ne peut, en aucune circonstance, procéder à leur modification une fois la procédure de passation lancée, et notamment lorsque les candidatures et les offres sont déposées.

Du reste, la problématique de la marge de manœuvre laissée à l'autorité concédante dans le choix des critères de sélection ne pose pas de difficultés particulières. Elle jouit, dans le cadre juridique susmentionné, d'une grande liberté de sélection des critères. Cette liberté est d'autant plus accrue qu'« *au nombre de ces critères, peuvent figurer*

1061 Article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « *Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* ».

1062 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, préc.

1063 CE, 23 décembre 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

1064 Article 47 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, préc.

… / …

notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation », auxquels s'ajoute l'obligation pour l'autorité délégante de « *se fonder sur la qualité du service rendu aux usagers* » lorsqu'il s'agit d'une délégation de service public [1065]. Cet élargissement du champ des critères susceptibles d'être pris en compte par la personne publique contractante investit les contrats de concession de nouvelles fonctions. Ainsi, à côté de l'objectif classique de réaliser le marché unique en assurant une libre concurrence, l'insertion de critères sociaux, et environnementaux comme critère de sélection du concessionnaire est illustrative de la volonté de faire des contrats de la commande publique un outil de réalisation des politiques sociales et environnementales [1066].

2. L'obligation nouvelle de publication du système de mise en œuvre des critères

Si la jurisprudence administrative a consacré l'obligation pour l'autorité délégante de publier les critères de sélection des offres, elle précise en revanche que l'autorité publique n'a pas à pondérer, ni à hiérarchiser les critères de sélection qu'elle énonce [1067]. Dans l'hypothèse où elle décide de hiérarchiser les critères, la jurisprudence précise qu'« *aucune règle ni aucun principe n'impose à l'autorité délégante d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres* » [1068]. Cette position jurisprudentielle, considérée par les auteurs comme un compromis entre le respect du principe de transparente et le particularisme de la liberté de choix du concédant a été remis en cause par la directive « concessions » qui impose le respect intégral de la transparence en obligeant l'autorité concédante à publier le système de hiérarchisation mise en place [1069]. En effet, aux termes des dispositions de l'article 41.3 de la directive, reprises à l'article 27-II du décret du 1er février, « *l'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance* ».

1065 Article 27 I du décret du 1er février 2016.

1066 M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Paris, France, LexisNexis, 2017, p. 270.

1067 CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèz*e, n° 306911, *JCP A* 2010, 2203, P. IDOUX ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 146, obs. G. ECKERT ; *Dr. adm*. 2010, comm. 73 ; *RJEP* 2010, comm. 44, note G. PELLISSIER ; *AJDA* 2010, p. 957, concl. N. BOULOUIS ; *CP-ACCP* 2010, n° 98, p. 14, obs. J.-P. JOUGUELET.

1068 CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *JCP A* 2010, 2291, note J.-B. VILA ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 259, note G. ECKERT ; AJDA 2010, p. 1053. Voir aussi : CAA Nancy, 2 février 2016, *Société SAS Hiltenfinck Automobiles Services*, n° 14NC00834, *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 106, obs. H.H.

1069 Pour une application par le juge administratif, voir : CE, 24 mai 2017, *Syndicat intercommunal à vocation unique* (*SIVU*) *de la station d'épuration du Limouxin*, req. n° 407264.

CONCLUSION DU TITRE I

Le modèle français de la concession a connu une profonde mutation de son régime de passation. Si la loi dite Sapin du 29 janvier 1993 a très tôt permis un encadrement de la passation des délégations de service public, les nouvelles dispositions européennes (la directive du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession) et nationales (l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et le futur code de la commande publique) ont initié un encadrement beaucoup plus renforcé des contrats de concession.

Toutefois, l'européanisation du régime de passation des concessions conduit à des turbulences endogènes qui se matérialisent par l'amenuisement, voire la disparition des principes caractéristiques de la spécificité du mécanisme concessif français. C'est le cas notamment de l'*intuitu personae* dont l'antinomisme avec les principes européens a scellé sa déclin dans les concessions.

L'effectivité de l'encadrement principiel européen de la concession résulte également de l'introduction de nouvelles représentations en remplacement ou en renforcement de celles développées par la jurisprudence administrative. C'est l'exemple du principe de transparence dont l'application connait une adaptation à la spécialisation du mécanisme concessif. Le remodelage de l'influence du critère de l'objet interpelle également. Étant en perte de vitesse dans le processus d'identification de la concession par rapport au marché public, l'objet du contrat, via la notion d'objet principal, retrouve une utilité dans la détermination du régime de passation de la concession.

La procédure de passation elle-même atteste aussi de son européanisation. Le choix du concessionnaire répond désormais à une nouvelle réglementation à laquelle sont soumises les candidats. Les modalités visant leur sélection ont également été actualisées ainsi que les critères présidant au choix de l'offre.

En définitive, c'est le régime de la passation des contrats de concession qui a enregistré les plus fortes influences européennes avec la volonté d'en faire un élément de la réalisation du marché intérieur et des politiques de l'Union européenne.

TITRE II.

L'ENCADREMENT PROGRESSIF DU RÉGIME D'EXÉCUTION DE LA CONCESSION

L'intervention européenne dans le régime d'exécution des concessions constitue une originalité marquante. À la suite de la Cour de justice, les directives fixent un cadre temporel et matériel à l'exécution des concessions. Cet encadrement s'explique notamment par la nécessité d'assurer une application effective des règles de passation et spécialement le principe de transparence par l'européanisation des étapes de l'exécution susceptibles de remettre en cause les termes initiaux de la concession. La redéfinition de la durée des concessions ainsi que la consécration de la légalité des modifications, conditionnée par leur caractère non substantiel, démontrent suffisamment cette politique européenne. C'est toujours par le truchement des principes fondamentaux de la commande publique que le régime d'exécution du modèle français de la concession a été renforcé (**Chapitre I**).

L'européanisation de la notion de concession produit, de manière incidente, des effets sur le régime français de la fin des concessions. L'élargissement matériel du champ d'exécution des concessions conduit à se poser la question de sa compatibilité avec les règles traditionnelles spécifiques aux concessions de service public. Il incite également tous les acteurs à une plus grande maîtrise des conséquences de l'extinction des concessions (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.

L'ACTUALISATION DU RÉGIME DE L'EXÉCUTION DES CONCESSIONS

Si la réforme initiée par la directive du 26 février 2014 remanie pour la première fois le régime de l'exécution, elle ne bouleverse pas en revanche les points caractéristiques du régime français de la concession, tels qu'établis par la jurisprudence et la pratique administrative. La vie du contrat de concession est encadrée par plusieurs principes dont les plus significatives résultent de la volonté des parties tel que stipulé dans l'instrument contractuel. L'idée est bien là : le droit européen ne poursuit pas l'objectif de déréguler les pratiques nationales, mais celui de soumettre tous les aspects de ce procédé contractuel à la transparence nécessaire pour parachever le marché intérieur. L'intégration des principes fondamentaux de la commande publique dans le régime d'exécution appelle cependant une réévaluation de ses conséquences sur la spécificité des règles encadrant l'exécution du modèle français de la concession.

L'analyse des pouvoirs unilatéraux de sanction et de modification démontre une lente restructuration, sous l'effet de l'ordonnance du 29 janvier 2016, des pouvoirs exorbitants des personnes publiques dans le régime d'exécution de la concession (**Section I**).

La durée en tant que donnée essentielle du régime d'exécution de la concession a, quant à elle, subi une double mutation. La durée fut, pendant longtemps, un marqueur important de la singularité des concessions, constituant un critère subsidiaire de son identification. Codifiant la jurisprudence, le nouveau droit français érige le principe de la limitation de la durée comme une condition de validité du contrat dont les règles de calcul font appel à de nouvelles notions (**Section II**).

SECTION I.

L'AJUSTEMENT DU RÉGIME DES PRÉROGATIVES DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

Le caractère administratif de la concession n'est pas sans incidence sur la nature des droits et des obligations des parties. Considérées comme naturels, les prérogatives que peut exercer l'autorité concédante sur son cocontractant durant l'exécution de la concession ont historiquement été justifiées par divers arguments relatifs à la qualité de la personne concédante, aux fonctions qu'elle exerce ou par la spécificité de la prestation caractéristique.

L'appartenance de la concession à la catégorie des contrats de la commande publique appelle néanmoins le respect, y compris durant son exécution, des principes fondamentaux régissant cette catégorie contractuelle. L'on observe, dès lors, la nécessité d'une conciliation entre, d'une part, les prérogatives de l'autorité concédante et les droits du concessionnaire et, d'autre part, ses pouvoirs exorbitants et les règles relatives à la transparence et de la mise en concurrence.

Il ressort des analyses que les prérogatives de premier degré dont dispose l'autorité concédante durant l'exécution de la concession, tout comme le droit du concessionnaire à une compensation sont compatibles avec les principes du droit de l'Union ; ce qui a pour effet de les cristalliser au sein du régime d'exécution de la concession (§1). De la même manière, les techniques d'adaptation conventionnelle de la concession ont été règlementées, renforçant davantage leur légalité (§ 2).

§ 1. LA CRISTALLISATION DES PRÉROGATIVES DE PREMIER DEGRÉ ET LA CONTRACTUALISATION DU POUVOIR DE MODIFICATION

À côté des droits et obligations généraux découlant de tous les contrats, existent, dans les contrats administratifs, des prérogatives particulières détenues par l'administration contractante. Ce régime exorbitant, particulièrement perceptible dans les contrats de concession, possède multiples fondements. Ces éléments de pouvoir marquant la supériorité intrinsèque de l'autorité concédante et celle résultant de sa fonction sur le cocontractant n'ont jamais été remis en cause. Les prérogatives de contrôle, de direction et de sanction jouissent d'une stabilité inhabituelle dans un domaine contractuel sans cesse en mutation. En effet, la nécessité de respecter les engagements contractuels justifie pleinement, encore aujourd'hui, leur maintien (A). Dans le même sillage, le pouvoir de

modification unilatérale semble avoir trouvé un nouveau souffle de vie grâce à sa reconnaissance par le droit de l'Union. Toutefois, les principes de la liberté contractuelle et de la mise en concurrence influencent la conception originelle de ce pouvoir (B).

A. La stabilité des prérogatives de contrôle et de sanction de l'exécution du contrat de concession

Apparaissent comme des signaux de stabilité de ces pouvoirs l'affermissement du pouvoir de contrôle de l'administration (1) et le maintien des instruments coercitifs sanctionnant les défaillances contractuelles du concessionnaire (2).

1. L'affermissement du pouvoir de contrôle-surveillance dans les concessions

Le pouvoir de contrôle de l'autorité concédante est, avant tout, au nom du principe de loyauté contractuelle [1070] et du respect de la force obligatoire, un droit de regard sur l'exécution du contrat de concession. Il permet à l'autorité concédante de s'assurer du respect par le cocontractant de ses obligations non seulement contractuelles, mais aussi légales et règlementaires. Malgré l'absence d'une consécration jurisprudentielle relative à son statut, le pouvoir de contrôle est classiquement rattaché par la doctrine majoritaire aux principes généraux applicables au contrat administratif. Il en résulte la permanence de son existence en dehors de toute stipulation contractuelle.

Au-delà de son unité, le terme de contrôle renferme une polysémie notionnelle. Son caractère générique dévoile une graduation de son intensité que la jurisprudence et la doctrine désignent par les termes de contrôle, de surveillance, de direction [1071]. Ce pouvoir consiste, dans sa forme primitive, à vérifier par divers mécanismes [1072], au cours de l'exécution de la concession, que le concessionnaire exécute le contrat conformément aux stipulations. Ce contrôle-surveillance [1073] obéit à des modalités d'application particulières dégagées par la jurisprudence. Il résulte de celles-ci une différenciation de l'intensité du

---

1070 Si le principe de la loyauté des relations contractuelles n'a été consacré en droit des contrats administratif qu'en 2009 par l'arrêt d'assemblée du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, le mécanisme qu'il met en jeu a toujours existé et justifié notamment le pouvoir de l'administration de contrôler et de sanctionner l'inexécution des obligations.

1071 A. ROBLOT-TROIZIER, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 1 septembre 2007, vol. 5, p. 990-1004.

1072 Notamment des visites sur place, des demandes de renseignements, des injonctions, des ordres de service ou des mises en demeure.

1073 A. ROBLOT-TROIZIER, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », art cit.

pouvoir de contrôle-surveillance dans le silence du contrat entre d'une part, la concession et d'autre part, les marchés publics.

L'exercice différencié du pouvoir de contrôle résulte de la spécificité intrinsèque à chaque mécanisme contractuel. S'agissant du mécanisme concessif, le pouvoir de contrôle est assujetti à une limite beaucoup plus forte que celle existant dans les marchés publics. En effet, dans la mesure où la concession consiste en la délégation de la gestion d'un service, d'un service public ou d'un travail notamment public à une entité extérieure, le contrôle opéré par l'autorité concédante ne doit pas annihiler l'autonomie de gestion et la part du risque supporté par le concessionnaire. Pour Agnès Roblot-Troizier, « *la limite du pouvoir de contrôle de la personne publique délégante se situe dans la définition même de la délégation de service public : la gestion du service doit être l'affaire du délégataire* » [1074]. Ainsi, si l'autorité concédante peut demander la communication de certains documents relatifs à l'exécution du contrat [1075] et adresser au concessionnaire toutes observations utiles en vue de provoquer les transformations qui lui paraîtraient nécessaires, elle ne peut en revanche, sauf stipulations contractuelles contraires [1076], soumettre à un agrément préalable les décisions prises par le concessionnaire pour exécuter le contrat de concession [1077]. Typiquement, il s'agit d'un pouvoir de surveillance : le concessionnaire gère, l'Administration contrôle [1078].

Le pouvoir de contrôle-direction est quant à lui classiquement associé au marché public du fait de la qualité de maitre d'ouvrage de la personne publique [1079]. Son exercice le conduit, en effet, à s'immiscer dans les modalités mêmes d'exécution du marché en imposant à l'entrepreneur certains choix relatifs, par exemple, aux matériaux et aux procédés de construction ou en subordonnant les choix qu'il propose à son agrément. L'abandon de la notion de maîtrise d'ouvrage au profit de l'influence déterminante par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ne bouleverse pas cette

---

1074 *Ibid.*

1075 CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, n° 342788 ; Rec. CE 2012, p. 477, concl. B. DACOSTA ; *BJCP* 2013, p. 136, concl ; *RFDA* 2013, p. 25, concl. ; *AJDA* 2013, p. 457, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *Dr. adm*. 2013, comm. 20, note G. EVEILLARD ; *Contrats-Marchés publ*. 2013, comm. 42, note G. ECKERT.

1076 Voir en ce sens : CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, Rec. Leb ; p. 218 ; S. 1911. III. 1, concl. L. BLUM.

1077 CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*, Rec. Leb, p. 382 ; voir également CE, 18 juillet 1930, *Compagnies P.L.M. et autres*, *RD publ.* 1931. 141, concl. JOSSE.

1078 Conclusions JOSSE sur CE, 18 juillet 1930, *Compagnies P.L.M. et autres*. préc.

1079 CE, 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*, Rec., Leb. p. 130.

… / …

nomenclature étant donné qu'en disposant que la réalisation de l'ouvrage projeté doit répondre aux besoins et aux spécifications définis par le pouvoir adjudicateur, le nouveau texte suppose également un pouvoir de contrôle et de direction au profit de ce dernier [1080].

En même temps, le rétrécissement de l'étendue du pouvoir de contrôle dans la concession n'exclut pas l'existence au profit de l'autorité concédante d'un service public des pouvoirs d'intervention très développés en considération de l'objet du contrat. Léon Blum rappelle dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie générale française des Tramways* que la collectivité publique « *ne peut se désintéresser du service public une fois concédé* », car ce dernier « *est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public* » [1081]. La loi Sapin avait posé en son article 40-1 un devoir d'information à l'égard des délégataires de service public *via* la production d'un rapport chaque année avant le 1er juin, de façon à permettre à cette personne publique de contrôler l'exécution des délégations de service public. L'absence d'un tel dispositif dans les autres contrats de type concessif corrobore la spécificité du traitement de la notion de service public. Cette politique de différenciation n'a connu que peu d'évolution sous l'empire des textes de transposition. Ces derniers consacrent le principe général de transparence de l'exécution des concessions en cristallisant, d'une part, le principe de l'obligation de production par le titulaire d'un contrat de concessions de service public d'envergure nationale d'un rapport assorti d'une annexe permettant aux autorités concédantes d'apprécier les conditions d'exécution du service public et d'autre part, la faculté d'exiger la production de la part du concessionnaire de services ou de travaux d'un rapport annuel destiné à rendre compte de la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services [1082].

Le pouvoir de contrôle-surveillance dans les concessions permet classiquement la jonction avec les autres prérogatives dont l'administration dispose telle que le pouvoir de sanction du concessionnaire en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.

1080 CJUE, 29 octobre 2009, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-536/07 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux et autres contre Commune de Roanne*, aff. C-220/05 ; CJUE du 25 mars 2010, *Helmut Muller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Aff. C-451/08 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. Spa contre Comune di Bari et autres*, Aff. C-213/13, points 46 à 48

1081 Conclusions L. BLUM sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, préc.

1082 Article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et article 33 et 34 du décret du 1er février 2016.

… / …

2. La justification du pouvoir de contrôle-sanction

L'existence au profit de l'autorité concédante d'instruments de coercition sanctionnant les défaillances contractuelles du cocontractant dans le cadre de l'exécution des contrats de concession constitue le corollaire nécessaire à l'effectivité du pouvoir de contrôle. À cet égard, le pouvoir de sanction répond aux mêmes caractéristiques que le pouvoir de contrôle. D'abord, il manifeste l'unilatéralisme qui caractérise les contrats administratifs [1083] et peut être mobilisé même dans le silence de la loi [1084]. Pour autant, il partage avec le pouvoir de contrôle l'absence de consécration jurisprudentielle en tant que principe général applicable au contrat administratif [1085].

Le pouvoir de sanction répond également à une gradation et est soumis au principe de proportionnalité. L'autorité concédante peut imposer des sanctions pécuniaires sous forme de pénalités. Elles peuvent être appliquées en cas de retard dans l'exécution du contrat de concession [1086] ou de non-respect des règles d'hygiène et de sécurité. Le droit administratif n'en détient pas toutefois le monopole puisqu'il est habituel de les retrouver sous la forme de clauses pénales dans nombre de contrats de droit privé [1087]. L'autorité concédante peut également prendre des sanctions coercitives dont l'intensité et l'étendue sont moins fonctions de la nature contractuelle que de la prestation caractéristique que constitue le service public [1088]. Tout autre est la logique de la sanction résolutoire. Si elle est commune à tous les contrats administratifs, son application dans les contrats de type concessif est strictement encadrée. En effet, il est jugé de manière constante que dans les contrats de concession et, plus largement, dans tous les contrats administratifs qui mettent à la charge du cocontractant des investissements importants, la résiliation pour faute ne

---

1083 Voir en ce sens : G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.* ; G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.*

1084 CE, 31 mai 1907, *Delplanque* : Rec., p. 1907, p. 514, concl. ROMIEU ; S. 1907, 3, p. 113, note HAURIOU.

1085 G. ECKERT, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2010, vol. 10, p. 7-15.

1086 CE, 17 décembre 2008, *Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères*, n° 296819.

1087 J. ANTOINE, « Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant (approche comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations) », *Les Petites Affiches*, 7 octobre 2002, vol. 200, p. 4-9.

1088 CE, 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard et autres*, *RD publ*. 1985, p. 1706.

… / …

peut être prononcée, en dehors de toute clause attributive de compétence expresse à la personne publique [1089], que par le juge administratif [1090].

Le juge opère également un contrôle diversifié des conditions de sanction du concessionnaire. Il s'assure dans un premier temps de la matérialité des faits et de leur qualification juridique. Il contrôle aussi l'effectivité de la mise en demeure. Puis, dans un second temps, il opère un contrôle de proportionnalité pour s'assurer que la sanction est adaptée à la gravité de la situation. Le juge du contrat a en outre renouvelé son office durant ces dernières années pour mieux sanctionner la résiliation irrégulière *via* le recours en contestation de validité et tendant à la reprise des relations contractuelles [1091].

Il est à noter qu'en dehors des pouvoirs unilatéraux dont la stabilité a été renforcée, d'autres tel que le pouvoir de modification fait l'objet d'une politique de restructuration.

B. La restructuration du pouvoir de modification unilatérale

L'encadrement de la concession par le droit de l'Union ainsi que l'élargissement de sa prestation caractéristique appellent à un renouvellement des analyses relatives à la pertinence économique (3) et au champ d'application de ce pouvoir (2) rattaché aux principes généraux applicables au contrat administratif (1).

1. Le rattachement du pouvoir de modification unilatérale aux principes généraux applicables au contrat administratif

L'existence au profit de l'administration d'un pouvoir de modification unilatérale de ses contrats fait partie de ces questions qui ont longtemps divisé la doctrine. L'article 1103 du Code civil qui pose le principe de la force obligatoire du contrat privé dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* s». Il en résulte l'obligation pour les parties de respecter la loi qu'ils ont établie à travers le contrat

---

1089 CE, 27 février 2004, *Commune de Morzine* : Rec. CE 2004, p. 226 ; CE, 19 octobre 2001, *Syndicat intercommunal Guzet-Neige*, n° 212677, *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 240, note E. DELACOUR ; CE, 17 mars 2004, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 243141 ; *Contrats-Marchés publ*. 2004, comm. 150, note G. ECKERT ; CE, avis, n° 371234, 19 avril 2005 : EDCE 2005, p. 197.

1090 CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux* : Rec. CE 1905, p. 57, concl. ROMIEU ; CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avalon :* Rec. CE 1944, p. 294.

1091 CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *JCP A* 2011, act. 249, *JCP A* 2011, 2171, note LINDITCH ; *AJDA* 2011. 670, chron. A. LALLET ; *RDI* 2011. 270, obs. S. BRACONNIER ; *AJCT* 2011 p. 291, obs. J.-D. DREYFUS ; *RFDA* 2011, p. 507, concl. E. CORTOT-BOUCHER, et 518, note D. POUYAUD.

… / …

ainsi que les différents engagements qui en découlent [1092]. À ce titre, « *l'accord de volontés qui est à la base du contrat privé et l'égalité de principe entre les parties font obstacle à ce que l'une des parties puisse, en cours d'exécution du contrat, modifier unilatéralement les clauses de celui-ci* » [1093]. En revanche, il est acquis en droit des contrats administratifs et plus particulièrement en droit des concessions que l'inégalité de principe des parties, s'il ne le fonde pas, semble appeler une reconnaissance au profit de l'administration contractante d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat. Pour De Laubadère, le pouvoir de modification est la possibilité pour l'administration partie à une concession ou à tout autre contrat administratif de « *modifier l'étendue des prestations à effectuer par le cocontractant* » [1094]. Ces changements peuvent porter sur la durée, le volume ou la quantité des prestations, mais aussi sur les conditions d'exécution du contrat. S'il est de la commune intention de la doctrine et de la jurisprudence de considérer l'autorité concédante comme un justiciable [1095], il est, en revanche permis de déceler des controverses nées de la question de la reconnaissance des pouvoirs unilatéraux à ce dernier. Traditionnellement, l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 1910, *Ministre des travaux publics contre Compagnie générale française des Tramways* [1096], comme le souligne Jean-François Lachaume, est considéré par une partie de la doctrine comme la preuve jurisprudentielle de l'existence du pouvoir de modification unilatérale des concessions par l'administration contractante [1097]. Mais la critique n'a pas tardé, faisant de la reconnaissance de ce principe l'un des points de division les plus importants de la doctrine [1098].

1092 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil. tome 2. Premier volume, Obligations : théorie générale*, Paris, France, Montchrestien, 1998, 1353 p.

1093 J.-F. LACHAUME et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 589.

1094 A. DE LAUBADÈRE, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. », 1954, p. 36.

1095 Le commissaire du Gouvernement DAVID, dans ses conclusions sur TC, 8 février 1873, *Blanco,* recueil *Dalloz* : « *Il nous semble aujourd'hui en bonne raison et en bonne justice d'assimiler complètement l'État à un simple particulier* ».

1096 CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways,* Rec. 216, concl. Blum.

1097 Outre l'arrêt *Compagnie générale française des Tramways*, la doctrine fait découler la consécration du pouvoir de modification de l'arrêt CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, S. 1902, voire, de l'arrêt CE, 17 mars 1864 *Paul Dupont*, D. 1864.III. 87 en matière de résiliation unilatérale.

1098 Sur le débat concernant la reconnaissance ou non de cette prérogative à l'administration : P. GONOD, F. MELLERAY et Ph. YOLKA (eds.), *Traité de droit administratif. tome 2*, Paris, Dalloz, 2011, p. 247.

… / …

Dans cet arrêt, la *Compagnie générale des Tramways* était titulaire d'une concession de transports publics. Le préfet des Bouches-du-Rhône, pour satisfaire les besoins du public en matière de mobilité pendant la période d'été a décidé d'augmenter unilatéralement le nombre de rames en service. La Compagnie saisit le conseil de préfecture qui fait office de juge administratif à l'époque, au motif que l'arrêté du 23 juin 1903 par lequel le préfet des Bouches-du-Rhône a fixé l'horaire du service d'été violait l'article 14 du cahier des charges. Le conseil de préfecture donna raison à la Compagnie et, en appel, le Conseil d'État jugea le contraire, estimant que les services supplémentaires qu'imposait l'arrêté du 23 juin 1903 à la Compagnie étaient réguliers. Celle-ci ne pouvait prétendre, si elle s'y croyait fondée qu'à la présentation d'une demande d'indemnité pour les charges supplémentaires imposées à elle par l'administration.

Cet arrêt ne convainc pas totalement. Il confirme l'existence du pouvoir de modification unilatérale de l'administration en se fondant, en l'espèce, sur les textes régissant les chemins de fer d'intérêt local [1099]. C'est à la lecture des conclusions du Commissaire du Gouvernement Léon Blum que l'on mesure la destinée de cette jurisprudence. Elle adosse la modification unilatérale du contrat de concession au principe de mutabilité consacré en 1902 par le Conseil d'État [1100], et reconnaît désormais, le droit du cocontractant au rétablissement de l'équilibre financier du contrat à travers l'indemnisation de ce dernier.

Certes, la jurisprudence du Conseil d'État postérieure à celle du 11 mars 1910 reconnaît au profit de l'administration un pouvoir unilatéral de modification du contrat sans le fonder sur l'existence de textes ou de stipulations contractuelles [1101], mais ceci n'a pas atténué l'intensité des controverses autour des pouvoirs unilatéraux de l'administration.

1099 En l'espèce, l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution de l'article 38 de la lois du 11 juin 1880 et de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 qui « *qui impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaire des trains au point de vue de la s sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires, pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service.* »

1100 CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, Rec.* 5 ; S 1902.3.17, note HAURIOU.

1101 Voir par exemple : CE, 14 avril 1948, *Ministre des Armées c/Société Générale d'entreprises,* Rec., p. 159, en matière de marché de travaux publics ; CE, 29 avril 1957, *Électricité d'Algérie*, R 269, en matière de contrat portant sur le domaine public.

… / …

Finalement, il a fallu attendre l'important arrêt du Conseil d'État du 2 février 1983, *Union des transports publics régionaux* [1102], pour que ce dernier affirme clairement l'existence du pouvoir de modification unilatérale au profit de l'administration contractante dans le silence des clauses du contrat. Dans cet arrêt, le Conseil d'État fait clairement rentrer le pouvoir de modification unilatérale dans la catégorie des « *règles générales applicables aux contrats administratifs* ». Toutefois, le statut privilégié qu'accorde cette appartenance n'a pas empêché la tendance à faire résulter sa justification de la volonté des parties.

2. Une perte de spécificité résultant d'une contractualisation constante du pouvoir de modification unilatérale

Le passage de la pensée concurrentielle du stade de la passation de la concession à celui de son exécution a amené le juge administratif à encadrer le pouvoir de modification unilatérale de l'administration contractante [1103]. À l'instar de Laurent Richer, il ne fait aucun doute pour nous que lorsque la passation de la concession n'est pas libre et, *a fortiori* lorsque celle-ci est soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence, il convient de prendre des dispositions pour que la modification apportée au contrat initial ne s'éloigne pas trop du mécanisme, objet de la passation [1104].

C'est ainsi que le législateur, de son côté, contribue largement à la contractualisation de ces pouvoirs unilatéraux lorsqu'il prévoit à l'article L. 300-5 du Code de l'urbanisme que le traité de concession d'aménagement doit préciser, à peine de nullité « *les conditions dans lesquelles il peut éventuellement être prorogé, ou modifié* », « *les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par le concédant […]* » [1105]. Aussi, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat prévoyait que les contrats de partenariat devraient obligatoirement comporter des clauses relatives à

1102 CE, 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. CE 1983, p. 33 ; *RDP* 1984, p. 212, note J.-M. AUBY ; *RFDA* 1984, p .45, note F. LLORENS *RDP* 1984 p. 212.

1103 À partir de la fin des années 1980, plusieurs décisions des juridictions administratives sont venues encadrées le pouvoir de modification de l'administration en instaurant l'idée selon laquelle lorsque la modification atteint un certain seuil, elle provoque la rupture du lien contractuel originaire et dès lors, une nouvelle procédure contractuelle devrait être mise en œuvre. : TA Rennes, 8 octobre 1987, *Préfet d'Ille-et-Vilaine c. Syndic. Intercom d'électrification de Rennes sud-est*, *Contrats Marchés publ*. août 1988, n° 236, p. 15 ; TA Orléans, 5 mai 1989, *Préfet de l'Eure-et-Loir*, *Contrats Marchés publ*. oct.-nov. 1989, n° 245, p. 17 ; TA Limoges, 7 octobre 1993, *Préfet de la Corrèze c. Commune de Favars*, JCP 1994. IV. 165.

1104 L. RICHER, *Op. cit.*, p. 259.

1105 Code de l'urbanisme - Article L. 300-5.

… / …

l'exercice du pouvoir de contrôle de l'administration, au pouvoir de sanction et de modification unilatérale [1106].

Le juge communautaire a également manifesté sa méfiance à l'égard des modifications unilatérales du contrat. La professeure Hélène Hoepffner, dans un article au sujet des décisions de la CJCE du 19 juin 2008 *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* [1107] et du 13 avril 2010, *Wall AG* [1108], arrivait à la conclusion selon laquelle « *l'avenir de la modification du contrat administratif semble résider dans sa contractualisation* [1109] ». Le juge administratif et le juge communautaire sont d'accord sur la nécessité de laisser le contrat administratif aménager les modalités et les conséquences des pouvoirs unilatéraux de l'administration contractante, sans pour autant que l'absence de telles stipulations n'altère la capacité de l'administration à les mettre en œuvre sans texte [1110].

L'origine textuelle du pouvoir de modification unilatérale montre que le fondement de ce dernier a glissé du champ extracontractuel pour devenir un élément contractualisé. L'exorbitance de la concession, dès lors, doit être fortement relativisée, car elle est devenue « *résiduelle* » [1111]. De ce fait, l'existence, au profit de l'administration d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat érigé comme « *règles générales applicables au contrat administratif* » [1112], ne fait pas obstacle au respect de la parole donnée comme l'a démontré le professeur François Llorens, en justifiant les limitations apportées au pouvoir de modification unilatérale : « *elles montrent* [ces limitations] *qu'en dépit de la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale, le principe de la force obligatoire du contrat conserve, même en droit administratif, toute sa valeur et peut le cas échéant faire obstacle à son exercice* » [1113].

1106 CGCT, article L. 1414-12, pts f, g et h. - Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, mod., article 11, pts F, g et h : Journal Officiel 19 juin 2004.

1107 CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH,* aff. C-454/06, Rec. *CJCE* 2008 ; *AJDA* 2008, p. 4401.

1108 CJCE 13 avril 2010, *Wall AG c/Ville de Francfort-sur-le-Main,* aff. C-91/08 ; *AJDA* 2010, p. 760.

1109 H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire. », *RFDA*, 1 janvier 2011, vol. 1, p. 98-115.

1110 CE, Sect. 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux*, Leb., 508.

1111 M. CANEDO, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs » dans *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, LGDJ, 2004, p. 148.

1112 Voir : CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux, RDP*, 1984 ; rappelé dans un arrêt du CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes,* n° 318617.

1113 F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, France, LGDJ, 1981, p. 261.

… / …

La contractualisation de la modification unilatérale du contrat tend à changer sa nature juridique. Stipulée dans le contrat, et donc connue des parties au moment de la conclusion du contrat, l'exorbitance devient un élément contractuel à part entière pouvant faire l'objet de compromis. Le jeu de la négociation contractuelle amènera chaque partie à vouloir optimiser ses profits et à minimiser les risques. Dès lors, l'unilatéralisme, aussi affirmé qu'il puisse être dans le contrat, acquiert une nouvelle nature. Il est issu de la volonté des parties. Il est largement prévu dans les stipulations contractuelles et fait donc partie de ces clauses acceptées par le cocontractant de l'administration.

Dès lors, on ne peut qu'approuver le constat que fait Jean-François Lachaume à propos de la conséquence de la contractualisation du pouvoir de modification unilatérale : « *Si le pouvoir de modification unilatérale est reconnu à la personne publique par le contrat lui-même ; il est, dans ce cas, contractualisé et perd sa spécificité* » [1114].

En effet, la tendance à la contractualisation du pouvoir de modification unilatérale s'accompagne d'une altération de la théorie du maintien de l'équilibre financier qu'il activait auparavant de façon automatique.

3. La perte d'automaticité entre la modification du contrat et le maintien de l'équilibre financier

À l'instar de la mesure constitutive du fait du prince, la modification unilatérale du contrat et le pouvoir de résiliation sont d'ordre public. Ils concourent tous, à la satisfaction d'un intérêt général. Cependant, si l'indemnité due sur le fondement du fait du prince est ancrée dans l'*ordre public contractuel* [1115], tel n'est plus le cas dorénavant de l'indemnité due sur le fondement de l'exercice du pouvoir de modification.

1114 J.-F. LACHAUME et al., *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 591.

1115 Les conclusions du commissaire du Gouvernement L. Blum sur l'arrêt du 11 mars 1910 démontrent que l'équité fait partie de l'ordre public contractuel. Plusieurs auteurs considèrent également que le rétablissement de l'équilibre financier, fondé sur l'équité et la justice, renforce l'existence d'un *ordre public contractuel* : « *La jurisprudence de l'équilibre financier est en réalité une jurisprudence d'équité, un de ces nombreux domaines dans lesquels le Conseil d'État procède, selon sa propre expression, à une « interprétation raisonnable » du contrat* » A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 718. En dépit de la raréfaction du contentieux pour fait du prince résultant des règles drastiques exigées pour sa réalisation, le juge administratif, n'hésite pas, lorsque le fait est constitué, à indemniser intégralement le cocontractant de l'administration. Ce principe de l'équilibre financier pour fait du prince ne connaît aucune restriction Voir : CE, 17 janvier 1873, *Jacquot* ; CE, 27 décembre 1985, *Silvestre et Rosazza*.

… / …

Par petites touches éparses, puis récemment par vagues de décisions remarquables, le juge du contrat a remodelé profondément les conséquences financières de l'exercice des pouvoirs unilatéraux dont dispose l'administration dans le contrat. Il n'est plus à démontrer que l'exercice par l'administration de son pouvoir de modification unilatérale ouvre droit au profit du contractant à l'exigence du maintien de l'équilibre financier du contrat [1116]. Ce pouvoir a d'ailleurs fait l'objet d'une consécration au rang de *règles générales applicables aux contrats administratifs* [1117] et le juge conditionne son exercice à une indemnisation automatique du cocontractant [1118], dans le cas contraire, la résiliation du contrat sera prononcée aux torts de l'administration contractante [1119]. La relative stabilité et la constante des décisions du Conseil d'État en la matière ne permettaient pas le doute : l'équilibre financier du contrat doit être maintenu même si sa rupture résulte de l'application des *règles générales applicables aux contrats administratifs* justifiable par l'intérêt général. La réparation du dommage subi par le cocontractant dans ce cas légalise l'exercice de ce pouvoir. Or, cette conditionnalité financière dans l'exercice de ces pouvoirs unilatéraux semble être désormais fortement tempérée.

Une première posture aurait consisté à voir dans les récentes décisions des juridictions administratives une volonté d'assainir les règles d'indemnisation en conditionnant leur validité au respect de certains principes juridiques. Ainsi, « *deux règles viennent brider la liberté des parties* » [1120] lors de la fixation des modalités d'indemnisation. D'abord, un développement dans la sphère contractuelle du principe issu de la jurisprudence *Mergui* [1121] qui interdit aux personnes publiques de consentir des libéralités. Puis la réaffirmation du pouvoir de résiliation unilatérale de la personne publique contractante qui ne peut être anéanti ni par stipulation contractuelle [1122], ni par des mécanismes indirects produisant cet effet [1123]. Le rappel combiné de ces deux principes [1124] (auxquels

---

1116 CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, préc.

1117 CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc.

1118 CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401.

1119 CE, 12 mars 1999, *SA Méribel*, R. 61, *BJCP* 199.444 concl. C. BERGEAL.

1120 F. BRENET, « La portée des clauses d'indemnisation en cas de résiliation unilatérale ; note sous CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan », *Droit administratif*, 1 juillet 2011, vol. 7, p. 23-25.

1121 CE, sect. 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. CE 1971, p. 235, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE.

1122 CE, Ass., 6 mai 1985, *Association Eurolat c/Crédit foncier de France*, Rec. CE 1985, p. 141.

1123 F. BRENET, « La portée des clauses d'indemnisation en cas de résiliation unilatérale ; note sous CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan », art cit.

1124 CAA Paris, 7 mars 2006, *Commune de Draveil c/ Société Via Net Works*, Rec. CE 2006, p. 591.

… / …

on peut rajouter d'autres [1125]) est extrêmement bénéfique au principe de l'équilibre financier qui devrait se situer approximativement entre ces deux règles jurisprudentielles.

Cependant, une autre posture, plus critique, semble s'imposer à nous. En effet, la voie empruntée *in fine* par les juges de la Haute juridiction administrative s'éloigne de ce résultat puisque dans un arrêt du 4 mai 2011, ils admettent que les clauses contractuelles peuvent prévoir « *une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration* » [1126]. Ce faisant, le Conseil d'État laisse penser que l'indemnisation résultant de l'exercice des pouvoirs unilatéraux peut ne pas être basée sur la recherche de l'équilibre financier du contrat. Pour le professeur François Brenet, cette position du juge administratif reviendrait à supposer que « *l'équation financière du contrat administratif ne ferait pas partie de l'ordre public contractuel mais posséderait un caractère supplétif* » [1127]. Encore plus révélateur de la mutation opérée, un arrêt en date du 19 décembre 2012 [1128], confirmatif d'une position moins jeune mais déjà similaire [1129], rappelle que les clauses peuvent écarter tout droit à indemnisation en cas de résiliation du contrat. Le déséquilibre financier du contrat en cas de résiliation ne sera pas compensé pour le cocontractant de l'administration et on peut, dans cette circonstance, se poser la question de l'intérêt pour le cocontractant de prendre autant de risques. Néanmoins, si on assiste à une *régression*, c'est bien celle de la protection du cocontractant de l'administration en cas d'exercice par ce dernier de ses pouvoirs unilatéraux.

L'automatisme de l'indemnité lorsque l'administration contractante use de son pouvoir de modification semble fortement être remis en cause par le même juge qui l'a consacré. Le rétablissement de l'équilibre financier n'est plus une condition obligée lorsque l'administration fait usage de ses pouvoirs unilatéraux alors qu'elle reste une modalité obligée dans le fait du prince *strictissimo sensu*. On est en réalité, en face de deux catégories autonomes qu'il ne faut pas confondre : les règles générales applicables aux contrats administratifs et la théorie du fait du prince.

Ce revirement de jurisprudence, tout de même discutable, comporte cependant un avantage. Il attribue un rôle novateur à la notion de l'équilibre financier. Le rétablissement

---

1125 A. DENIZOT ajoute des principes issus de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : A. DENIZOT, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », JCP A, 24 décembre 2012, vol. 51, p. 11-17.

1126 CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols et Le Vigan*, n° 334280, Rec. CE 2011.

1127 F. BRENET, « La portée des clauses d'indemnisation en cas de résiliation unilatérale ; note sous CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan », art cit.

1128 CE, 19 décembre. 2012, *Société AB Trans*, n° 350341.

1129 CE, 10 décembre 1982, *Loiselot,* n° 22856.

de l'équation financière constitue dorénavant un critère salutaire de distinction entre la théorie du fait du prince et les pouvoirs contractuels unilatéraux de l'administration. Dans le premier, le respect des conditions de sa survenance ouvre automatiquement droit au rétablissement de l'équilibre financier alors que dans le second, l'encadrement des modalités d'indemnisation ouvre droit, au plus à une indemnisation, au moins, à rien pour le cocontractant.

§. 2 L'ENCADREMENT DE LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE ET DE LA PARTICIPATION DES TIERS À LA CONCESSION

Modifier un contrat, c'est l'adapter de sorte à « *sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement* » [1130]. Contrairement à la modification unilatérale qui est du fait exclusif de la personne publique contractante, la modification exceptionnelle du fait du juge [1131] et de la loi [1132], la modification conventionnelle est le fruit de la volonté des parties. Son régime juridique dans la concession s'articule désormais autour d'une légalité encadrée par des principes qui comportent des exceptions (A). L'adaptation de la concession peut également être organique. En ce sens, elle constitue une des modalités de la participation des tiers à l'exécution du contrat (B).

A. La novation du régime des avenants au contrat de concession

Peu à peu, l'acte conventionnel est devenu l'instrument privilégié de la modification du contrat de type concessif. La pratique des avenants s'épanouit désormais dans le respect des principes communs au droit national et européen (1). Ces différents ordres juridiques autorisent également, dans des cas limités, la légalité des avenants dérogeant à ces principes (2).

1130 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 381.

1131 Article 1231-5 du Code civil.

1132 On songe ici aux exceptions au principe de non-rétroactivité de la loi-nouvelle en matière contractuelle et celui de la sécurité juridique des situations contractuelles : CE, Ass., 8 avril 2009, n° 271737 et n° 271782, *Compagnie Générale des Eaux et commune d'Olivet*, préc. ; CE, 21 mars 2012, *Société EDF*.

… / …

1. Les règles principielles encadrant la légalité des modifications conventionnelles

Résultant d'une pratique contractuelle ancienne (a), la modification conventionnelle voit sa légalité être désormais conditionnée par l'interdiction de principe des modifications substantielles (b).

a. Une pratique ancienne des modifications conventionnelles

Partie intégrante des éléments de spécificité du contrat administratif [1133], le pouvoir de modification unilatérale ne doit en rien son existence à la doctrine et/ou à la jurisprudence. Il constitue la consécration jurisprudentielle d'une pratique anciennement textuelle. En effet, l'unilatéralisme, particularité première du contrat administratif et qui a pendant longtemps fondé son caractère exorbitant, est un mythe désormais modéré. La vérité historique voudrait que l'on reconnaisse que le pouvoir de modification unilatérale fut originellement « *le produit de divers textes que l'administration imposait aux cocontractants* » [1134].

La majorité de ces pouvoirs étaient organisés dans les documents contractuels. On les retrouvait soit dans les clauses contractuelles, soit dans les cahiers des charges qui sont inclus au contrat. J.-L. Mestre situe l'origine du pouvoir de modification unilatérale détenu par l'administration dans les pratiques contractuelles au cours du régime seigneurial où les administrateurs royaux et municipaux donnaient des ordres qui renferment des modifications d'ouvrage [1135]. Dans sa thèse, F. Monnier situe les premières pratiques de la modification unilatérale à l'Ancien Régime. Il distingue aussi plusieurs procédés utilisés par l'administration pour modifier unilatéralement le contrat [1136]. Un premier procédé consistait à inscrire ce pouvoir dans le contrat [1137]. Une seconde méthode revenait à procéder à une modification indirecte découlant de l'imposition de clauses

---

1133 F. LLORENS, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *RFDA*, 1984, p. 45 : « *Le pouvoir de modification unilatérale est assurément considéré comme l'une des pièces maitresses de la théorie générale du contrat administratif* ».

1134 É. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, France, LGDJ, 2012, p. 228.

1135 J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, p. 245.

1136 F. MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, LGDJ, Paris, France, 1984, p. 251.

1137 « *Si pendant l'exécution desdits ouvrages on jugeoit à propos d'y faire quelques changements l'entrepreneur sera tenu de se conformer à ce qui lui sera prescrit à cet égard et il en sera tenu compte soit en plus soit en moins d'après le prix de l'adjudication* ». Arch. Nat. Z_1F 1017, 18 février 1784, « Bail des ouvrages à faire au pont de Sens sur la rivière d'Yonne au pont de Villeneuve Le Roy ». *In* F. MONNIER, *Op. cit.,* p. 251.

… / …

nouvelles exceptionnelles qui était toujours organisée par un texte ou le contrat [1138] et un dernier procédé consistait à assortir la modification d'une compensation financière [1139].

En outre, l'utilisation du pouvoir de modification s'est accrue avec la création en 1716 du corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées. Déjà en 1811, le cahier des clauses et conditions générales (CCCG) systématisait le pouvoir de modification unilatérale. S'en est suivi le CCCG des Ponts et Chaussées de 1866 qui, reprenant la possibilité accordée à l'administration contractante pour changer la nature des travaux, opéra une distinction entre l'augmentation ou la diminution de la masse des travaux. On peut aussi se référer, en matière de marchés publics, au cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, dénommé CCAG Travaux, qui aménage les pouvoirs de contrôle [1140], de sanctions et de résiliation du maitre d'ouvrage [1141].

La réticence européenne vis-à-vis de l'unilatéralisme de la modification a contribué à « conventionnaliser » cette pratique et à cristalliser ses limites.

b. La limitation de la modification cristallisée autour de la notion de modification substantielle

L'encadrement incomplet [1142] des avenants des délégations de service public par la loi Sapin a justifié, dans un premier temps, l'application du régime des avenants des marchés publics aux concessions, en partant du postulat que les règles énoncées par le code des marchés publics ne faisaient que « *codifier une règle générale susceptible de s'appliquer*

1138 « *Si dans le courant du bail les pentes et alignements de quelque partie de chaussée étoient changées l'adjudicataire ne pourra rien prétendre pour le déplacement et le remplacement du pavé ny même pour le transport lorsqu'il n'excèdera pas 5 toises de distance moyenne mais les transports plus éloignés lui seront payés par augmentation ainsi que mouvements de terre s'il en a qui excèdent 6 pouces d'hauteur réduite* ». Arch. Nat. Z_1F 1007, fol. 1 à 10, 11 mars 1745. « Bail d'entretien pour 9 années à commencer au 1er janvier 1745 moyennant 35755 livres par an à Jean François Marin finet ». *In* F. MONNIER, *Idem*, p. 252.

1139 « *…Si pendant l'ouvrage on trouvait convenable de retrancher ou augmenter la quantité des terrasses ou des autres ouvrages, le prix en serait diminué ou augmenté sur le pied de la première estimation, et par proportion avec celui de l'adjudication au cas qu'il en différât…* ». Arch. Nat. Z_1F 1049, « Canal de flottage sous St Florentin pour l'exploitation des bois qui descendent le long de la rivière d'Armance », 29 septembre 1778. *In* F. MONNIER *Idem*, p. 255.

1140 L'article 3.9 du CCAG fait référence à la convocation par le maitre de l'ouvrage des entreprises aux réunions de chantier ; l'article 24 autorise le contrôle des matériaux employés et l'article 38, 39 permettent le contrôle de la qualité des ouvrages réalisés.

1141 L'article 20 du CCAG prévoit les sanctions pécuniaires en cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux. Quant à l'article 48 il prévoit les mesures coercitives et l'article 46 fixe les modalités des sanctions résolutoires et de la résiliation pour motif d'intérêt général.

1142 La loi Sapin encadrait seulement la modification de la durée (ancien article L. 1411-2, a), du CGCT) et la modification relative aux investissements supplémentaires (ancien article L. 1411-2, b), du CGCT).

… / …

à tous les contrats administratifs, du moins à ceux dépendant d'un appel à la concurrence » [1143]. Sur ce fondement, la Cour administrative d'appel de Versailles a décidé, en application du code des marchés publics, qu'un avenant à une délégation de service public ne pouvait avoir pour effet de bouleverser l'économie du contrat [1144]. Ce corpus de « *règles générales régissant les avenants* » [1145] s'est enrichi, sous la plume de la section des travaux publics du Conseil d'État, de la limite selon laquelle un avenant à une délégation de service public « *ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire* » [1146]. Cet avis est venu corroborer l'opinion qui a pu être exprimée, notamment par des membres de la Haute juridiction administrative, sur les difficultés de transposition aux concessions des concepts relatifs aux avenants issus du droit des marchés publics [1147]. Il marque une évolution certaine dans l'appréhension de la légalité des avenants des concessions, en se détachant complètement du régime des marchés publics. Cette autonomisation du régime des avenants de la concession s'est, dès lors, peu à peu construite autour de la notion de modification substantielle. En premier lieu, par sa décision *Société Kéolis* du 17 avril 2007, la Cour administrative d'appel de Paris pose le principe de l'exclusivité du critère de la modification substantielle en affirmant que « *la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel*

1143 Conclusions CÉLÉRIER sur la décision TA Lille 2 juillet 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 98640, *BJCP* n° 1, p. 72. Voir également dans un sens similaire : TA Grenoble 7 août 1998, *Bernard Betto*, req. n° 961776, *BJCP* n° 2, p. 181 ; CAA Bordeaux 27 avril 2004, *Ville de Toulouse*, req. n° 00BX01587, Rec. T., *BJCP* n° 36, p. 392 ; CAA Versailles 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, req. n° 03VE04736, Rec. T., *BJCP* n° 41, p. 295.

1144 CAA Versailles 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, req. n° 03VE04736 ; TA Lille 2 juillet 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, préc. Voir également : TA Grenoble, 25 février 2000, *Préfet de la Haute-Savoie* c/ *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, *BJCP* n° 12, 2000, p. 337, note J-F. SESTIER ; CE, avis, 16 septembre 1999, n° 362908, *BJCP* n° 10, 2000, p. 199.

1145 H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 280-293.

1146 CE, avis, 19 avril 2005, n° 371234, *AJDA* 2006. 1371, étude N. SYMCHOWICZ et P. PROOT ; *EDCE* p. 197, obs. R. SCHWARTZ et Ph. TERNEYRE ; *BJCP* n° 45, 2006, p. 107 ; *Contrats Marchés publ.* 2006. Étude 19, H. HOEPFFNER.

1147 Voir comm. A. MÉNÉMÉNIS et R. SCHWARTZ sous CAA Versailles 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, préc., et C. MAUGÜÉ sous CE 29 décembre 2004, *Société Soccram*, et CAA Lyon 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, req. n° 99LY00655, *BJDCP* 2005, p. 227 ; *Délégation de service public*, Bull. d'actualité n° 2005-2, p. 15 ; *BJDCP* 2005, p. 221, concl. BESLES, note C. M. ; *Dr. adm.* juillet 2005, n° 101, note A. MÉNÉMÉNIS ; *ACCP* juin 2005, n° 45, note VIDAL ; voir aussi : J.-F. SESTIER, *Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat*, *BJDCP* 1999, p. 574, et L. VIDAL, L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, thèse, 2005, p. 670.

… / …

de la délégation et non du bouleversement de son économie »[1148]. Par la suite, la jurisprudence a apporté de bienvenues clarifications à la notion d'élément essentiel du contrat. Sont considérés entre autres ainsi l'objet, la durée ou le volume des investissements mis à la charge du concessionnaire, le risque d'exploitation supporté par le concessionnaire[1149] ou le prix demandé aux usagers[1150]. Plus ardue a été l'appréhension de la notion de modification substantielle. Pour une partie de la doctrine, la notion n'apportait pas une clarté pouvant justifier qu'elle se substitue à celle du bouleversement de l'économie du contrat. Au surplus, l'absence de définition de la notion la rendait « *subjective et floue* »[1151]. Ces imperfections ont sensiblement été gommées par le renouvellement du cadre juridique européen de la modification des concessions issu de la directive concessions. Se fondant sur le modèle dégagé dans sa décision *Pressetex*t, la Cour de justice interprète la notion de modification substantielle des concessions de services lorsque cette modification « *introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis, ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* »[1152].

La modification des concessions est juridiquement encadrée en droit interne par un principe et des aménagements. Le principe consiste à interdire les modifications changeant la nature globale du contrat. Néanmoins, le fait de conditionner la légalité de la modification « *au maintien de la nature globale du contrat* »[1153] pose des difficultés d'ordre conceptuel dans la mesure où l'apport de cette formulation comparativement aux anciennes est incertain. La professeure Hélène Hoepffner s'interroge sur la signification de la nature du contrat étant entendu la polysémie du terme. Selon elle, la nature du contrat qui peut à la fois s'entendre de sa qualification ou sous-qualification juridique et de sa

---

1148 CAA Paris 17 avril 2007, *Société Kéolis*, req. n° 06PA02278, AJDA 2007, p. 1524, note A. TASSONE ; *CP-ACCP* octobre 2007, p. 71, obs. V. COCHI et G. TERRIEN ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 194, obs. W. ZIMMER.

1149 *Idem*.

1150 CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, req. n° 409972, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 12, 26 Mars 2018, act. 262 note L. ERSTEIN, *Contrats-Marchés publ.* n° 5, Mai 2018, *comm.* 120 note G. ECKERT ; CAA Paris 9 mai 2012, *SECOSUD*, req. n° 10PA04297.

1151 H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », art cit.

1152 CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc., point 38.

1153 L'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

… / …

contexture [1154], constitue une régression sur le plan de la clarté et de la précision, comparativement à la notion de modification substantielle qui se rapporte à l'idée de ce qui est quantitatif et plus enclin à être mesuré. Toutefois, l'analyse des textes de transposition permet de se rendre compte de ce que, loin de procéder à une substitution de notion, ceux-ci initient une complémentarité entre modification substantielle et nature globale du contrat. L'article 36-5 du décret du 1er février 2016 pose les conditions de présomption de modification interdites. Premièrement, lorsque la nature globale du contrat a changé, on présume, quel que soit l'élément du contrat modifié, du caractère substantiel de la modification [1155]. Ensuite, lorsque la nature globale du contrat n'a pas changé, mais que la modification remplit une des conditions citées au point a) à d), elle est présumée substantielle.

De ce fait, il est possible d'interpréter le principe posé par les textes de transposition comme un principe d'admission de toute adaptation « *non substantielle* » de la concession en cours qui n'a pas pour effet de « *changer la nature globale du contrat* » [1156]. Toute modification ne respectant pas cette double condition est considérée comme donnant naissance à un nouveau contrat, dont la passation est, de ce fait, soumise à la procédure applicable à la conclusion des concessions. Toutefois, le nouveau régime des avenants autorise des dérogations au principe.

2. Les modifications substantielles autorisées

L'autorité concédante peut modifier régulièrement en cours d'exécution son contrat initial dans des hypothèses fondées soit sur la liberté contractuelle (a), soit sur l'opportunité (b).

a. L'admission des modifications opérées dans le cadre de la clause de réexamen de la concession

Ne constitue pas une novation de la concession les modifications d'essence conventionnelle. Trois conditions permettent de les identifier.

En premier lieu, leur essence conventionnelle découle obligatoirement de leur existence dans les documents contractuels initiaux. Ce point conduit à se demander si la

---

1154 H. HOEPFFNER, « La modification des contrats », art cit.

1155 CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence c/ Société d'équipement du pays d'Aix*, n° 409728, 409799 : « *La convention conclue le 29 décembre 1986* (...) *constituait, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique* ; [sa] *modification doit être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial* ».

1156 Article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

régularité du pouvoir de modification unilatérale découle désormais des stipulations contractuelles. Il semble difficile d'apporter une réponse claire à cette interrogation, d'abord, parce que les hypothèses de modification non conventionnelles n'illustrent pas parfaitement la complétude du champ d'action du pouvoir de modification unilatérale tel qu'il est envisagé en application du principe de mutabilité. Ces hypothèses laissent, certes, la possibilité d'une modification unilatérale tout en bridant le spectre d'action de celle-ci. Ensuite, les modifications prévues au contrat sous forme de clause de réexamen ou d'option semblent laissée une liberté d'intervention plus conséquente à l'autorité concédante, ce qui nous fait dire que la modification unilatérale prend ses sources dans l'article 36 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession.

En second lieu, les modifications substantielles ne peuvent être admises qu'à la double condition que les stipulations conventionnelles les intéressant, qu'elles soient sous la forme de clause de réexamen ou d'option, soient « *claires et précises sans équivoques* », et qu'elles « *indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage* ».

Lorsque ces conditions sont remplies, les modifications intervenant dans ce cadre peuvent intervenir, quel que soit le montant sans constituer une novation du contrat de concession. Toutefois, sont-elles soumises dans leur intensité au respect et maintien de la nature globale initial du contrat ? À ce sujet, deux écoles de pensée émergent. La première considère que le processus de mise en concurrence octroie un sceau d'immunité à la modification substantielle changeant la nature globale du contrat. Elle se fonde également sur l'absence de contrôle des conséquences financières de la modification sur le contrat. La seconde école pose le postulat de l'intangibilité de la nature globale du contrat. Pour noter le caractère d'ordre public de cette limite, cette école se fonde sur l'article 55 de l'ordonnance qui affirme que toutes les modifications prévues par voie règlementaire « *ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession* ». Certaines modifications spontanées sont soustraites à l'obligation d'une remise en concurrence.

b. Le cas des modifications spontanées

Afin de préserver le caractère évolutif propre aux concessions, la directive transposée par les textes nationaux identifie un certain nombre d'hypothèses pour lesquelles une nouvelle procédure ne sera pas nécessaire.

La première hypothèse renvoie à une modification du contrat justifiée par des travaux ou services supplémentaires nécessaires. Cette hypothèse n'est envisagée que dans la circonstance où le changement de concessionnaire serait impossible pour des raisons

économiques ou techniques ou présenterait un inconvénient majeur, soit entrainerait une augmentation substantielle des coûts pour l'autorité concédante.

La seconde hypothèse précise qu'un contrat de concession peut être modifié « *lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* » [1157]. En toute hypothèse, ces deux premiers types de modification substantielle sont soumis à la condition du respect d'une modification n'excédant pas plus de 50 % de la valeur initiale du contrat. Chaque avenant doit séparément respecter cette limite. Il est fait obligation à l'autorité concédante, s'agissant des contrats de concession dont la valeur initiale est supérieure ou égale au seuil européen, de publier un avis de modification du contrat au JOUE [1158] afin que les tiers puissent avoir connaissance des modifications [1159].

La troisième hypothèse prévue par le décret a déjà été abordée et fait référence aux modifications non substantielles qui ne changent pas la nature globale du contrat.

Enfin, la dernière hypothèse de modification est admise exclusivement pour les contrats ne répondant pas au seuil européen et qui font l'objet d'une modification non substantielle d'une valeur maximum de 10% de valeur du contrat de concession initial.

Outre ces hypothèses, il existe le cas de modification résultant de l'intervention d'un tiers au contrat en remplacement du concessionnaire initial.

B. Les régimes de la participation des tiers à l'exécution de la concession

La participation des tiers à l'exécution de la concession soulève la problématique de la portée du principe de l'exécution personnelle dans les contrats de concession. Rentrant en confrontation avec le principe de l'*intuitu personae*, le régime de la modification tenant à l'identité de l'une des parties de la concession est rigoureusement encadré tant dans les conditions de sa survenance que dans ses effets juridiques. C'est ainsi que le mécanisme de la cession (1) et celui de la « sous-traitance » (2), s'ils répondent à la finalité de faire participer un tiers à l'exécution de la concession, ne sont pas pour autant soumis à un régime juridique semblable.

1157 Article 36, 3° du décret du 1er février 2016.

1158 Journal officiel de l'Union européenne.

1159 Article 37, III du décret du 1er février 2016.

1. L'admission conditionnée de la cession en tant que mécanisme d'organisation de la succession du concessionnaire

Si la participation directe des tiers à l'exécution de la concession par le procédé de la cession de contrat sans mise en concurrence est par principe prohibée (a), la nouvelle réglementation des concessions permet d'exclure l'illégalité d'un tel mécanisme dans des hypothèses exceptionnelles (b).

a. Les éléments de caractérisation de la cession de contrat administratif

La cession est une opération juridique de circulation du contrat par succession de partie [1160]. Elle a pour effet de substituer un tiers (cessionnaire) à l'une des parties (cédant) pour l'exécution du contrat. Cette définition jurisprudentielle permet de dégager deux grands axes de caractérisation de la cession.

En premier lieu, il est central qu'un tiers se substitue au cocontractant initial dans l'ensemble de ses droits et obligations. Cette première condition porte en elle la problématique de la détermination du tiers. La doctrine administrative a pendant longtemps été divisée sur sa nature. La professeure Hélène Hoepffner fait observer qu'une partie des auteurs, s'inspirant d'anciennes décisions [1161], considérait que la cession est établie « *dès lors que des droits et obligations transférés conduisent le délégataire initial à perdre la direction générale et la responsabilité de l'entreprise* » [1162]. Une autre partie a, au contraire, soutenu la thèse selon laquelle la cession d'actions, d'apports en société, même conséquente [1163], ne pouvait être assimilée à la cession de contrat au motif qu'elle ne conduisait pas à la substitution d'une partie au contrat [1164]. La jurisprudence du Conseil d'État s'est attachée à préciser les contours de la notion de tiers qui doit s'entendre

---

1160 V. D. MAINGUY, « La circulation des contrats d'affaires-Bref aperçu comparatif des droits privé et public des contrats » dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Centre de recherches et d'études administratives, 2006, vol. tome 1, p. 289.

1161 Cass. Civ. 11 février 1884, S*yndicat de la banque franco-hollandaise c/ De Constantin*, S. 1884.I.314 ; CE, 10 janvier 1873, *Dousset et Artigue*, Leb, p. 37 ; CE, 9 juillet 1920, *Compagnie française du Congo occidental et autres compagnies*, Rec., p. 676.

1162 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 403.

1163 CAA Lyon, 9 avril 1991, *Société des téléphériques du Mont-Blanc* : Rec. CE 1991, p. 513 ; D. 1992, jurispr. p. 60, note J.-P. GILLI ; *AJDA* 1991, p. 570, note C. DEVÈS ; CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du Mont-Blanc* ; *AJDA* 1996, p. 788, note J.-P. GILLI ; *JCP G* 1997, II, 22790, concl. J.-M. DELARUE ; *RTD civ*. 1997, p. 443, note P.-Y. GAUTIER.

1164 J-F. AUBY, « Délégation de service public et fonds de commerce », *Les Petites Affiches*, 5 avril 2000, vol. 68, p. 4 ; Y. GAUDEMET, « La cession des concessions », *Les Petites Affiches*, 22 octobre 1999, vol. 211, p. 5 ; Ch. MAUGÜÉ et L. DERUY, « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », *Bulletin juridique des contrats publics*, 1 septembre 1999, vol. 6, p. 494-502.

… / …

« *d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat* » [1165]. Cette conception jurisprudentielle du tiers, cantonnée à l'obligation d'une distinction juridique entre le cédant et le cessionnaire, semble n'avoir tenu compte que des opérations de restructuration affectant la personnalité morale des entreprises telles que les scissions [1166], les fusions [1167]. Cette vision minimaliste de la notion de tiers a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine [1168].

Elle a également été remise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne qui part du principe que les modifications statutaires (changement de forme sociale) ou capitalistiques (changement d'actionnariat) constituent une cession du contrat en ce sens où elles réalisent des « *modifications apportées à la personne du prestataire* » [1169]. Cette position de principe se justifie par le fait que le changement de prestataire fait rentrer dans la sphère contractuelle une « *entreprise qui n'a pas eu à se soumettre à une mise en concurrence avec d'autres soumissionnaires et dont le choix ne repose pas sur une comparaison avec d'autres éventuels soumissionnaires* » [1170]. Toutefois, la jurisprudence européenne considère que cette cession, assimilable à une « *réorganisation administrative de nature purement interne* », n'engendre pas de modification substantielle.

La directive concession du 26 février 2014 renforce le principe du caractère novatoire de la cession de concession dans la mesure où elle constitue une modification substantielle appelant une nouvelle procédure d'attribution.

En second lieu, la cession ne doit pas conduire au bouleversement du contrat initial au travers d'une modification substantielle des autres éléments essentiels du contrat. Or, cette position jurisprudentielle peut sembler contradictoire si l'on considère que le

---

1165 CE, 4 avril 1997, *Ledoyen*, n° 137065 ; CE, avis, 8 juin 2000, préc ; Pour une analyse doctrinale : F. LLORENS, « La cession des marchés publics et des délégations de service public » *Contrats-Marchés publ*. 2000, chron. 1.

1166 CE, sect., 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Compagnie*, Rec. CE 1974, p. 310.

1167 CE, 23 juillet 1937, *Société* "*Le Centre électrique*" : Rec. CE 1937, p. 772.

1168 N. SYMCHOWICZ, « Contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions », *AJDA*, 2000, p. 106 et spécialement p 110 ; F. BRENET, « Cession de contrat », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics* ; Fasc. 16, sept. 2016, paragr. 13.

1169 Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général J. KOKOTT 13 mars 2008 sur l'arrêt CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., point 57 et suiv.

1170 *Ibid*., point 54.

… / …

changement du titulaire dans un contrat administratif, de l'avis de la jurisprudence [1171], constitue tout autant une modification substantielle. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner cette dichotomie et sont arrivés à la conclusion que la cession a un caractère novatoire [1172]. Comme le mentionne des auteurs : « *Changer de cocontractant revient donc à modifier substantiellement le contrat* » [1173]. Cette approche ne fut pas celle admise par le Conseil d'État pour qui la cession de contrat « *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* » [1174]. Cette hiérarchisation entre les éléments essentiels du contrat a été juridiquement remise en cause par le juge européen qui considère que « *la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné* » [1175].

Pour certains auteurs, le choix de la juridiction administrative de ne pas voir en la substitution de cocontractant une novation du contrat de concession initial s'explique par la prise en compte de l'utilité économique de telles opérations de restructuration [1176].

Pour autant, des possibilités d'admission de la régularité des cessions existent.

b. L'admission exceptionnelle de la cession des concessions

La directive concessions, à l'instar de celle relative aux marchés publics a, en grande partie, codifié en son article 43, d,) les hypothèses de cession des contrats de la commande publique sans nouvelle procédure de passation. Ces possibilités d'admission de la cession de la concession ont été transposées à l'article 36, 4° a) et b) du décret du 1er février 2016 et autorise la substitution du concessionnaire dans deux cas.

1171 CAA Paris, 23 mars 2005, *Société SITA-Île de France* ; n° 00PA01867, *Contrats-Marchés publ*. 2005, comm. 155, obs. F. LLORENS.

1172 G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*, p. 216 ; A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 36.

1173 C. MAUGÜÉ et L. DERUY, « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », art cit, p. 494 et spécialement p. 502.

1174 CE, avis, sect. fin., 8 juin 2000 : *GACE*, *Dalloz*, 3e éd., 2008, n° 36, p. 411, comm. C. MAUGÜÉ ; *AJDA* 2000, p. 758, note L. RICHER ; *BJCP* 2001, n° 15, p. 94, note E. GLASER ; *CJEG* 2001, p. 103, note C. MAUGÜÉ et L. DERUY ; *Contrats-Marchés publ*. 2000, chron. n° 1, F. LLORENS.

1175 CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, préc., point 40.

1176 F. BRENET, « Cession de contrat », art cit, p. 9.

… / …

Premièrement, la substitution du concessionnaire ne viole pas le principe de mise en concurrence si elle s'opère dans le cadre « *d'une clause de réexamen ou d'une option* ». Elle est dès lors rattachée aux modifications substantielles autorisées [1177].

Deuxièmement, il résulte des dispositions précitées que la cession qui s'opère à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial n'est pas précédée de procédure de passation. Il découle également des textes de transposition la condition pour le nouveau titulaire de la concession de justifier des capacités économiques, techniques et professionnelles fixées initialement par l'autorité concédante. La finalité de la cession fait également l'objet d'un contrôle puisqu'elle ne doit pas être « *effectuée dans le but de soustraire le contrat de concession aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Il est toutefois observable que contrairement à l'article 139 du décret du 23 mars 2016 relatif aux marchés publics et l'article 43, 4 ii), le décret du 1er février 2016 ne se réfère pas au fait que la cession ne conduise pas à la modification substantielle de la concession. En réalité la règle est explicite et ressort de l'article 55 de l'ordonnance concessions qui pose le principe général selon lequel les modifications prévues par voie règlementaire « *ne peuvent changer la nature globale du contrat de concession* ».

Aussi, la nouvelle règlementation relative à la cession des concessions impose une réflexion actualisée de l'articulation de cette dernière avec l'ancien régime structuré autour de l'autorisation du cédé. En effet, désormais reconnue de fait (dans le cas des restructurations) ou contractualisée (dans le cadre des clauses de réexamen), la cession des contrats de concession ne semble, *a priori*, plus soumise à l'autorisation préalable de l'autorité concédante dans la mesure où les nouveaux textes juridiques n'exigent pas expressément l'accord préalable de l'autorité concédante pour effectuer une cession de contrat. Bien avant les textes de transposition, le législateur [1178] et les juges [1179] avaient également élargi les hypothèses dans lesquelles l'autorisation préalable n'était plus requise.

Pourtant, l'autorisation préalable du concédant repose sur des fondements juridiques qui ont évolué avec l'encadrement de ces contrats. Initialement, l'autorisation de la personne publique se justifiait, spécialement dans les contrats de type concessif par la prise en compte de l'*intuitu personae*. Cette forme contractuelle attribuait à

1177 Voir en ce sens les développements relatifs au régime des modifications de la concession.

1178 Voir : article L. 5211-5-III, article L. 1321-2 ou article L. 1321-5 du CGCT.

1179 CAA Versailles, 30 décembre 2010, *Société Forclim Île-de-France*, n° 09VE00400.

l'administration une plus grande liberté dans le choix de son collaborateur que le mécanisme de cession ne saurait amoindrir. « *L'administration choisissant son cocontractant en fonction des caractéristiques de ce dernier, le juge impose le respect d'une obligation d'exécution personnelle du contrat à laquelle il ne peut logiquement être porté atteinte qu'avec l'accord de la personne publique* » [1180]. Mais le pouvoir de refus d'agrément de l'administration n'est pas total et obéit aux mêmes règles que celles relatives au refus d'agrément de la sous-traitance [1181] auxquelles s'ajoutent l'appréciation des garanties professionnelles et financières présentées par le nouveau titulaire du contrat et de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public [1182].

Il existe, nonobstant cette tendance d'amenuisement de l'autorisation préalable de l'autorité concédante cédée, des signaux jurisprudentiels d'un relatif retour en force de cette formalité essentielle qu'est l'autorisation. Dans une décision du 14 mars 2016, le juge administratif affirme que « *l'exécution de tout ou partie d'un service concédé ne peut être cédée ou transférée par le concessionnaire à un tiers qu'avec l'accord de l'autorité concédante* » et ajoute que « *cette règle générale s'applique même en l'absence de stipulation en ce sens dans le contrat de concession* » [1183]. La circonstance que les deux parties au contrat sont des personnes publiques n'exempte pas de l'autorisation du responsable du service [1184]. Cet arrêt de confirmation d'anciennes jurisprudences [1185], même s'il a été rendu en considération du régime juridique d'avant l'entrée en vigueur de la réforme, attire l'attention sur le probable traitement spécifique qui sera réservé aux concessions de service public. Tout au plus, est-il possible de déceler dans l'imprécision des textes que l'article 36 du décret concessions, en prévoyant la vérification par l'autorité concédante des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles du nouveau titulaire, acte d'une autorisation implicite lorsque ces capacités correspondent à celles exigées pour la passation de la concession initiale. La question reste toutefois

---

1180 F. BRENET, « Cession de contrat », art cit, p. 44.

1181 CE, 9 juillet 1920, *Compagnie française du Congo occidental et autres compagnies*, préc. ; CE, 19 février 1932, *Mélon*, Rec. CE 1932, n° 46 ; CE, 5 juillet 1935, *Commune de Reuill*y, Rec. CE 1935, p. 771.

1182 CE, 1er juillet 1949, *Compagnie Guadeloupéenne de Distribution d'énergie électrique* : Rec. CE 1949, p. 764 ; CE, 8 mars 1944, *Commune de Balaguères* : Rec. CE 1944, p. 80.

1183 CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de Grasse* ; n° 14MA01872, *AJDA* 2016, p. 1505, obs. M. REVERT ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 139, note J.-P. PIETRI ; Complément SP, juillet 2016, p. 5.

1184 CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de Valbonne*, n° 14MA01872.

1185 CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux* : S. 1907, 3, p. 9, Rec. CE 1905, p. 54, concl. J. ROMIEU ; S. 1907, 3, p. 9, concl. J. ROMIEU ; CE, 29 décembre 1995, *GIE Penamax*, *Société métallurgique et nickel SLN*, n° 149463, *Quot. jur.* 14 mars 1996, p. 4. L'autorisation s'impose même dans le silence du contrat : CE, 9 juillet 1924, *Société Le Secteur Électrique de la Vallée d'Auge* : Rec. CE 1924, p. 656.

pendante s'agissant de l'opération de cession qui se déroule dans le cadre des clauses de réexamen dans le sens où il apparaît incompatible de coupler le régime d'autorisation avec le principe de l'accord préalable conventionnel. La jurisprudence devra nécessairement renouveler le régime de l'accord préalable de l'autorité concédante sur les cessions au regard du nouveau cadre juridique des modifications.

À côté du mécanisme juridique de la cession, prospère celui des « sous-contrats ».

2. L'acceptation de la « sous-traitance » européenne en tant que mécanisme « sui generis » de participation des tiers à l'exécution de la concession

La réticence à reconnaître une légitimité au mécanisme de la sous-traitance en droit des concessions s'explique, pour l'essentiel, par le fait qu'il fragilise le principe de l'*intuitu personae* (a). De ce fait, son usage n'est admis que dans la mesure où celui-ci préserve l'identité générale des contrats de concession (b).

a. L'identité juridique incertaine du mécanisme de participation d'un tiers à l'exécution partielle de la concession

Qu'il s'agisse des concessions ou des marchés publics, il existe un principe général selon lequel les contrats doivent être exécutés en personne par le cocontractant choisi par l'Administration. Ce principe trouve son origine dans la notion de l*'intuitu personae* en vertu de laquelle le concessionnaire choisi l'a été en raison de ses compétences et de ses capacités tant professionnelles que personnelles pour exécuter le contrat qui lui a été confié [1186]. Toutefois, ce principe connaît plusieurs atténuations dont l'effet est de permettre au concessionnaire de pouvoir confier à un tiers, sous certaines conditions, tout ou partie de l'exécution du contrat de concession dont il est titulaire [1187]. La sous-traitance constitue un de ces tempéraments à l'obligation d'exécuter personnellement le contrat. Elle est consacrée par la directive concession en son article 42 qui, sans la définir, précise que : « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice peut demander ou être obligé par un État membre de demander au soumissionnaire ou au candidat d'indiquer, dans son offre, la part éventuelle de la concession qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés* ». Cette approche européenne décrit ce qu'il convient de nommer, en droit français, le sous-contrat. Quant à la sous-traitance au sens

---

1186 G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*, p. 215 ; Ph. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 165.

1187 CE, 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac*, n° 155825 ; CE, Ass., avis, 16 mai 2002, préc., réponse ministérielle QE n° 12577, J.O. Sénat du 2 juin 2011.

… / …

national, elle correspond tout en appartenant à la famille des sous-contrats, à une forme contractuelle précise dont le régime juridique est détaillé par la loi n° 75-1335 du 31 décembre 1975. Le mécanisme contractuel de sous-traitance est « *réservé aux marchés de services, industriels et de travaux* » [1188], ou de manière plus large à tout « *contrat d'entreprise* » [1189] à l'exception des marchés de fournitures qui ne comportent pas d'obligation de faire [1190]. Fort de ces précisions, l'ordonnance du 29 janvier 2016, tout en reprenant le mécanisme initié par la directive n'en reprend pas l'expression. Elle se contente d'affirmer que « *le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession.* » Elle ajoute en sus que : « *Il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession* ». Ces éléments, communs à tous les sous-contrats ne sont pas imprégnés du particularisme inhérent à la notion de sous-concession. Cependant, cette approche suffisamment souple permet également d'envisager l'intégration d'autres formes de sous-contrats dans l'exécution de la concession. Elle est au demeurant en phase avec l'élargissement du champ d'application matériel du mécanisme concessif qui ne s'organise que subsidiairement autour des notions de service public et de travaux publics et qui atténue fortement l'attachement à l'exécution personnelle de la concession.

Du reste, la « sous-traitance » au sens de l'ordonnance concessions répond, en pratique, à des modalités particulières.

b. L'existence conditionnée de la « sous-traitance »

La « sous-traitance », telle qu'elle découle de l'article 54 de l'ordonnance concessions, doit préalablement remplir les conditions générales relatives à tous les sous-contrats.

Primo, elle doit répondre à la caractéristique de l'absence d'autonomie. Son existence est subordonnée à l'existence d'un contrat de concession principal. De cette dépendance à la concession de premier rang découlent deux conséquences. La première est limitative de l'objet de la sous-traitance qui ne peut concerner qu'une partie des obligations contractuelles du concessionnaire. Par la même occasion, cette identité de l'objet est susceptible de fournir une clé de distinction des régimes juridiques des contrats conclus par le concessionnaire [1191]. L'absence d'identité de services ou de travaux empêche la

1188 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 374.

1189 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 520.

1190 CE, 26 septembre 2007, n° 259809, *Département du Gard*, *BJCP* 2007, p. 457, concl. N. BOULOUIS.

1191 Voir en ce sens : M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 331.

… / …

qualification de sous-traitance. La seconde est relative à l'automaticité d'extinction de la sous-traitance à partir du moment où la concession de premier rang venait à disparaitre.

Secundo, la conclusion d'un contrat de sous-traitance est nécessairement subordonnée à l'agrément préalable de l'autorité concédante [1192]. La demande d'accord de l'autorité concédante constitue une formalité essentielle puisque, *in fine*, la sous-traitance est une dérogation à l'exécution personnelle du contrat de concession.

Toutefois, la liberté de l'autorité concédante de refuser l'autorisation de la sous-traitance est encadrée. Il est d'usage que le refus d'agrément soit formellement motivé par des raisons de droit [1193], ce qui laisse penser à l'existence au profit du concessionnaire d'une « *forme de droit à conclure un sous-contrat* » [1194].

Tertio, le contrat de sous-traitance ne doit porter que sur une partie des services et/ou des travaux de la concession de premier rang. Cette condition permet de distinguer la sous-traitance de la cession de concession qui aboutit au remplacement d'une partie contractante par un tiers au cours de l'exécution du contrat. Par essence, les sous-contrats ne portent que sur une partie des obligations du concessionnaire. En outre, le concessionnaire demeure personnellement responsable vis-à-vis de l'autorité concédante de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession y compris de missions sous-traitées aussi minimum qu'elles soient.

1192 CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de Grasse*, n°14MA01872, *Contrats-Marchés publ.*, 2016, comm. 138, J.-P. PIETRI ; CE, 8 mars 1944, *Commune de Balaguères*, Leb., p. 80.

1193 M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 331 ; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 375. Ainsi l'autorité concédante doit, notamment, apprécier si l'entreprise tierce dispose des garanties professionnelles et financières suffisantes pour assurer les missions qui lui sont sous-traitées et peut exiger la production de tout document nécessaire à cette évaluation. Elle s'assure également que cette entreprise tierce n'est pas frappée d'un des motifs d'exclusion fixés aux articles 39 et 42 de l'ordonnance relative aux concessions et, si tel est le cas, exige leur remplacement.

1194 M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 330 et suiv.

SECTION II.

LE RENOUVELLEMENT DES RÈGLES JURIDIQUES ENCADRANT LA DURÉE DANS LES CONTRATS DE CONCESSION

La durée est une notion fondamentale dans le domaine des concessions. Considérée auparavant comme une caractéristique de son identité, la durée est devenue, au regard des différentes évolutions légales, un élément du régime juridique du contrat de concession. La durée postule la rencontre harmonieuse de deux mouvements généralement présentés comme contradictoires. Inscrivant les accords de volonté dans le temps, la durée démontre que l'intérêt général, considéré comme le but fondamental et qui justifie que l'administration modifie le contrat y compris sur le plan financier, voire le résilie unilatéralement, n'exclut pas l'intérêt financier qui serait réservé à l'action privée [1195]. Par conséquent, l'identité nouvelle de la durée des concessions découle d'une lente consécration du principe de la limitation de la durée dans les concessions (§ 1). Le mécanisme de détermination de la durée a aussi connu des notables évolutions (§ 2).

§ 1 LA LENTE CONSÉCRATION DE LA LIMITATION DE LA DURÉE DANS LES CONCESSIONS

L'analyse de la durée par le prisme de la prestation caractéristique des concessions aboutit dans un premier temps à la mise en exergue de la variation temporelle de cette dernière selon le type de concession (A). C'est dire que la durée n'a jamais constitué historiquement une donnée stable malgré l'influence qu'elle est susceptible de produire sur l'économie générale de la concession. La politique jurisprudentielle volontariste du juge national et européen a conduit au nivellement de la durée dans les concessions essentiellement régies par un principe général de limitation de la durée (B).

A. Le traitement différencié de la durée dans les concessions de travaux et de service public

Les travaux publics ont prioritairement constitué le terreau fertile des concessions de longue durée du fait de sa prééminence historique mais aussi de la technicité inhérente à la nature de sa prestation et de l'importance des investissements à réaliser et, donc, à amortir (1). C'est toujours sur le fondement de l'analyse de la prestation caractéristique

1195 J.-L. De CORAIL, « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative » dans *Études de finances publiques*, Mélanges en l'honneur de M. le Professeur P.-M. GAUDEMET, s.l., 1984, p. 335.

du service public que les pouvoirs publics, le juge et surtout le législateur ont entrepris de relativiser l'influence de la durée dans l'identification des concessions de service public (2).

1. L'évolution du critère de la durée dans les concessions de travaux publics

La pratique de durée longue apparaît, compte tenu de l'importance des investissements, comme un élément naturel des concessions de travaux publics (a). Néanmoins, cette caractéristique a évolué pour être compatible avec le principe de la mise en concurrence périodique (b).

a. La durée, caractéristique naturelle de la concession de travaux publics

L'influence de l'objet du contrat de concession sur la durée s'observe aisément dans les concessions de travaux publics. Ce type de concession a une durée qui s'étalait au XIX[e] siècle de 40 à 100 ans, pour se stabiliser au siècle suivant autour de 50 ans [1196]. Pourtant, à ses origines, la concession de travaux publics impliquait souvent la perpétuité. Celle-ci tenait principalement à l'attribution de la propriété de l'infrastructure concédée qui constituait la règle pour la construction des canaux. Pour Anne Conchon, « *ces dotations en terrains, qui pouvaient servir d'hypothèques pour démarcher d'éventuels investisseurs, conditionnaient la réalisation même de l'infrastructure* » [1197]. Le principe de la perpétuité qui devait garantir aux investisseurs la rentabilité future de leurs investissements irriguait aussi la jouissance des infrastructures annexes. L'édit d'octobre 1666 avait par exemple accordé à P.-P. Riquet la possibilité « *de faire bâtir et construire sur lesdits canaux* […] *nombre suffisant de moulins à moudre blé […] desquels moulins lesdits propriétaires, ses héritiers* […], jouiront à *perpétuité, incommutablement* ». Certains ouvrages, comme la concession du canal de Givors à Saint Rambert ont dans un premier temps fait l'objet d'une concession temporaire avant de devenir perpétuelle [1198]. En Espagne, la loi du 13 juin 1879 permettait jusqu'en 1921 à l'État d'accorder des concessions perpétuelle et gratuite aux entrepreneurs qui réalisent sur les eaux du domaine public des travaux d'approvisionnement des populations, d'irrigation, de construction de canaux. Le même principe est appliqué en Italie aux concessions hydrauliques qui par l'intervention du législateur peuvent devenir perpétuelles. En

1196 X. BEZANÇON, « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoire*, 1 mars 2005, n° 38, n° 1, p. 39.

1197 A. CONCHON, « Financer la construction d'infrastructures de transport : la concession aux XVIIe et XVIIIe siècles », *Entreprises et histoire*, 1 mars 2005, n° 38, n° 1, p. 55-70.

1198 *Ibid.*

France, la perpétuité des concessions a disparu au début du XIX[e] siècle face à l'hostilité du Conseil d'État contre l'absence de proportionnalité à la dépense engagée qui elle-même est en rapport avec la prestation caractéristique de la concession.

Plusieurs éléments justifient la durée longue des concessions de travaux publics. En premier lieu, la réalisation d'équipements structurants lourds exige que le concessionnaire mobilise des investissements de départ conséquent dont l'amortissement ne peut s'opérer que sur une certaine durée [1199]. En second lieu, l'essence de l'attractivité de la concession découle, pour partie, de la souplesse du critère de la durée qui permet au concédant d'imposer des obligations de performance technologique sans que la contrepartie financière ne devienne excessive pour ce dernier et l'usager.

La longue durée des concessions de travaux publics a pu, dans cette optique, être considérée, à tort, comme un gage de stabilité des relations contractuelles. Elle se pose, en réalité, en obstacle à la prévision fiable des résultats pour les cocontractants. Le professeur Thomas Pez constate que son allongement peut être bénéfique, « *du fait de gains de productivité importants ou de l'augmentation de la demande, mais elle peut aussi être défavorable en cas de coûts croissants ou de mauvaise estimation de la demande* » [1200]. Analysé sous cet angle, le critère de la durée, tout en émanant de la prestation caractéristique de la concession, raffermit celui du risque en ce qu'il cristallise en son sein l'incertitude liée à ce type de contrat.

L'amenuisement en droit français de l'attractivité de la concession de travaux publics n'a pas fondamentalement altéré le lien entre le critère de la durée et celui de l'objet. Alors qu'elle a, comme le rappelle la professeure Hélène Hoepffner, « *contribué à l'élaboration de la théorie des contrats administratifs français, la concession de travaux publics est progressivement devenue « le parent pauvre » de ce droit* » [1201]. C'est sous l'effet concurrent de l'extension d'autres mécanismes contractuels [1202] tels que la

---

1199 C. BETTINGER et G. LE CHATELIER, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés : après les réformes de 1993-1995*, Paris, France, EFE, Édition formation entreprise : diff. Litec, 1995, vol. 1/, 208 p.

1200 T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 352.

1201 H. HOEPFFNER, « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. - À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », octobre 2012, n° 10, p. étude 7.

1202 H. PAULIAT, « Les concessions de travaux publics : grand renouvellement ou simple actualisation ? », 2010, p. 416.

… / …

concession de service public [1203] et du droit communautaire [1204] que la concession de travaux publics a peu à peu disparu du paysage juridique national. Elle ne se laissait découvrir, en dehors des rares hypothèses de concession de travaux publics « pures » [1205], qu'au travers de sa combinaison avec la concession de service public dont elle constituait l'un des éléments [1206]. Pour H. Pauliat, cette assimilation trouvait sa justification dans le fait qu'une « *concession de travaux ne comporte, par définition, jamais uniquement des travaux, puisque la rémunération du cocontractant est tirée au moins partiellement de l'exploitation de l'ouvrage* » [1207]. Ces concessions de travaux et de service publics étaient, dans cette perspective, soumises à l'article 40 de la loi Sapin qui dispose que les « *conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée* » [1208].

Néanmoins, le principe général de limitation de la durée des délégations de service public n'est pas, dans l'absolu, incompatible avec la pratique des durées longues s'agissant des concessions mixtes. L'autorité concédante est en effet tenue d'adapter la durée de la concession d'une part, aux prestations demandées au concessionnaire et d'autre part, au montant de l'investissement à réaliser. La nature de la prestation y joue

---

1203 CE, 4 mars 1910, *Thérond*, préc.

1204 La directive sur les marchés de travaux de 1971, modifiée en 1989 et consolidée en 1993, préc. Elle fut transposée par loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et le décret n° 92-311, 31 mars 1992, soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestations de services à des règles de publicité et de mise en concurrence : JO, 1er avril 1992, p. 4571.

1205 On peut citer l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques. Pour une confirmation récente : CE, 13 février 2015, n° 373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal c/ Société Numéricable* : *AJDA* 2015, p. 671, obs. S. NICINSKI ; *BJCP* 2015, p. 239 ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 95, obs. M. UBAUD-BERGERON ; *JCP* A 2015, 2364, obs. J.-B. BODA et P.-A. ROHAN. Le cas de la concession de force hydraulique dont l'objet est la production d'énergie électrique, dans le but d'approvisionner en électricité les installations du concessionnaire lui-même : CE, 22 juin 1928, *Époux de Sigalas*, Rec. CE 1928, p. 785 ; DP 1928, p. 49, concl. L. JOSSE, note A. PÉPY ; S. 1928, 3, p. 113, concl. L. JOSSE, note M. HAURIOU ; plus récemment CAA Bordeaux, 10 mars 1994, *Sarl Société d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des ondes* (*Saecro*), n° 90BX00645, 90BX00646 et 90BX00655. Notons toutefois que cette dernière est susceptible aujourd'hui de recevoir plusieurs qualifications.

1206 CE, Ass., avis du 16 mai 2002, préc. ; T. confl., 20 novembre 2006, n° 3569, sa *EGTL c/ Escota* ; Rec. CE 2006, p. 641 ; *BJCP* 2007, p. 40, concl. J. DUPLAT, note Ph. TERNEYRE ; CE, sect., 8 avril 2009, n° 290604, *Assoc. Alcaly* : Rec. CE 2009, p. 112 ; *RFDA* 2009, p. 463, concl. N. BOULOUIS ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 165, note W. ZIMMER ; *BJCP* 2009, p. 276, concl. N. BOULOUIS, note Ph. TERNEYRE ; *achatpublic.info*, 4 juin 2009, note A. MÉNÉMÉNIS ; *Courrier jur. fin. et ind*. 2009, p. 119, note D. Le HÉNAFF et G. MAUBON ; *Ann. voirie* 2009, n° 137, p. 16, note MAURY ; CE, 17 juin 2009, n° 297509, *SAEMN Bibracte* ; Rec. CE 2009, p. 667-825 ; *BJCP* 2009, p. 379, concl. N. BOULOUIS, obs. R.S. ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 284, note G. ECKERT.

1207 H. PAULIAT, « Concession de travaux publics : Notion », art cit, p. 250.

1208 Voir la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993 (J.O. du 30 janvier 1993, p. 1588).

… / …

dès lors un rôle central puisque c'est en tenant compte de la durée normale d'amortissement des investissements mobilisés pour sa réalisation que la durée contractuelle est fixée [1209].

S'agissant des concessions de travaux publics dites « sèches », la détermination de leur durée est en revanche plus délicate. Leur assimilation successive à la notion de service public [1210], puis à celle de la délégation de service public a conduit à leur raréfaction ainsi qu'à leur perte d'autonomie, de sorte que leur régime juridique découlait, de fait, de la loi du 29 janvier 1993. Il n'en demeure pas moins que la concession de travaux publics ne se confond pas juridiquement avec la délégation de service public. Ces contrats dérogent à la loi Sapin quant aux règles devant régir leur durée. Cette position peut être supportée par une jurisprudence récente. En effet, le syndicat mixte Cablimages, au droit duquel est venue la communauté d'agglomération d'Épinal, a lancé, en 2009, la procédure de passation d'un contrat dont l'objet portait sur le financement, la conception, la construction et la maintenance d'un réseau de communications électroniques. Le contrat a été conclu le 26 octobre 2009 avec la société NC Numéricable. La société Orange, dont la qualité de candidat évincé avait été reconnue, a saisi le tribunal administratif de Nancy d'un recours en contestation de la validité du contrat [1211]. Sa demande ayant été rejetée, elle a relevé appel de ce jugement. Infirmant le jugement de première instance, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé le contrat [1212]. C'est de cet arrêt qu'était saisi le Conseil d'État par la voie de la cassation. La question principale concernait les modalités d'indemnisation des biens de retour qui ne peuvent être amortis en fin de contrat. En effet, les parties ayant constaté lors de la conclusion du contrat que la durée de celui-ci ne permettrait pas l'amortissement intégral des ouvrages conçus par le titulaire, elles avaient stipulé à l'article 16 le versement anticipé de l'indemnité au titre de la valeur non amortie de l'ouvrage au terme de la convention. Pour la société Orange, cette modalité d'indemnisation serait constitutive d'une aide d'État [1213].

L'analyse conjointe de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy ainsi que de l'arrêt de cassation et de renvoi du Conseil d'État [1214] révèle l'existence de difficultés de

---

1209 S. NICINSKI, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, juillet 2013, vol. 25, p. 1441-1447.

1210 CE 21 février 1975, *Consorts Nougarède*, *AJDA* 1975. 370, note F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

1211 En application de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*, CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545 ; Rec. CE 2007, p. 360, concl. D. CASAS ; *JCP* A 2007, 2212 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. PIÉTRI ; *RJEP* 2007, p. 327, note P. DELVOLVÉ.

1212 CAA Nancy, 30 septembre 2013, n° 12NC00735, *Société France Télécom*.

1213 Ces aspects du litige feront l'objet d'une analyse approfondie.

1214 CE, 13 février 2015, n° 373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal* c/ *Société Numéricable*, préc.

qualification du contrat. L'argumentation des parties ainsi que les moyens de droit invoqués par elles illustrent les divergences sur la nature du contrat ainsi que le régime applicable. Toute la question revenait à savoir si le contrat en cause est une délégation de service public soumise à l'article 40 de la loi Sapin et à la jurisprudence relative à la durée et à l'amortissement des investissements. Dans le cas contraire, quelle serait la nature du contrat et à quel régime serait-il soumis ? Pour la Cour, le contrat qui charge la société NC Numéricâble de « *concevoir, financer, construire et déployer le réseau en contrepartie de l'autorisation qui lui est donnée de l'exploiter librement et d'en percevoir les recettes constitue une concession de travaux et d'ouvrage publics et non, une délégation de service public* ». Certains auteurs de la doctrine [1215] avaient déjà supposé que l'établissement et l'exploitation par les collectivités territoriales d'un réseau de communications électroniques sur leur territoire ne constitue pas un service public local par détermination de la loi [1216]. Ce contrat n'était pas non plus soumis à l'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics [1217]. On retiendra que la concession de travaux publics « sèche » est exclusive de la loi Sapin et ne se voit pas, en principe, opposer la limitation de la durée issue de l'article 40 de la loi Sapin.

b. La soumission de la durée des concessions de travaux publics au principe de libre concurrence

L'ordonnance du 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics a redonné ses lettres de noblesse à cette catégorie contractuelle en l'autonomisant de la délégation de service public. Pourtant, elle est paradoxalement restée muette sur la condition de la durée de ces contrats [1218]. Le décret du 26 avril 2010 relatif

---

1215 N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, « Les DSP de réseaux câblés doivent être requalifiées en concession de travaux publics », *achatpublic.com*, p. 2005.

1216 CAA, Nancy, 28 avril 2016, n° 15NC00389 ; CAA Nancy, 30 septembre 2013, préc. : « *Il ne résulte, ni des termes de l'article L. 1425-1 du code général des collectivités territoriales, ni des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 dont ils sont issus, que le législateur a entendu ériger l'établissement et l'exploitation par les collectivités territoriales et leurs groupements d'un réseau de communications électroniques sur leur territoire en un service public local* ».

1217 L'article prévoit que les dispositions de ses titres Ier et II, dont sont issus les articles L. 1415-1 et L. 1415-3 précités du code général des collectivités territoriales, s'appliquent aux projets de contrat de concession de travaux publics en vue desquels un avis d'appel public à la concurrence est envoyé ou une consultation engagée à compter de sa date d'entrée en vigueur. Le syndicat Cablimages a envoyé l'avis d'appel public à la concurrence à la publication, le 30 janvier 2009.

1218 Ph. COSSALTER, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA hebdo : L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2009, vol. 2009, n° 34, p. 1882-1888 ; G. CLAMOUR, « Ombres et lumières de l'ordonnance relative aux concessions de travaux publics », août 2009,

… / …

aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique n'en fait guère référence [1219]. Cette absence d'encadrement législatif du critère de la durée a favorisé l'éclosion d'une politique jurisprudentielle relative à cette dernière et fondée sur trois postulats.

Le premier postulat ressort de la possibilité pour le juge administratif de requalifier certains montages contractuels en concessions de travaux au sens des directives communautaires. Par l'arrêt *Commune de Cabourg* [1220], le Conseil d'État a en effet posé le principe selon lequel lorsqu'un bail emphytéotique administratif est accompagné d'une convention non détachable constituant un contrat de concession de travaux publics, sa conclusion est précédée des mesures de publicité prévues par les dispositions applicables à ce contrat. Le principe de cette jurisprudence a été élargi à tous les contrats soumis à une procédure de publicité et de passation [1221].

Le deuxième postulat, toujours d'essence communautaire, concerne l'interdiction de la tacite reconduction des contrats dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence [1222]. Il résulte s'agissant des concessions de travaux de l'imposition des règles de publicité établies successivement par les directives 89/440 et 2004/18. Le principe de transparence des procédures de passation répond à l'impératif de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques [1223]. Le juge administratif prête une attention particulière aux clauses

---

n° 8, étude 9 ; H. PAULIAT, « Les concessions de travaux publics : grand renouvellement ou simple actualisation ? », art cit ; Ch. MAUGÜÉ, « Quel est le critère distinctif entre un marché public de travaux et une concession de travaux ? », *Bulletin juridique des contrats publics*, 1 avril 2009, vol. 63, p. 119-122 ; W. ZIMMER, « Concessions de services et concessions de travaux », novembre 2011, n° 11, p. comm. 332.

1219 G. CLAMOUR, « Régime des contrats de concession de travaux publics », *Contrats-Marchés publ.* juin 2010, n° 6, comm. 204.

1220 CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, req. n° 141633, *RFDA* 1994, p. 728, concl. LASVIGNES.

1221 Article R. 1311-2 al. 4 du CGCT : « *Lorsque l'un des baux emphytéotiques administratifs mentionnés à l'article L. 1311-2 est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public au sens de l'article 1er du code des marchés publics, un contrat de partenariat au sens de l'article L. 1414-1 ou un contrat de concession au sens des articles 5 et 6 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, sa conclusion est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions applicables à ce contrat* ».

1222 Pour une application aux marchés publics délégations de service public : CE, 29 novembre 2000, n° 205143, *Commune de Païta* ; Dr. adm. 2001, comm. 7 ; *CJEG* 2001, n° 575, note SUBRA de BIEUSSES ; Pour une application aux délégations de service public CE, Sect., 10 novembre 2010, n° 314449, n° 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes* ; CAA Marseille, 23 janvier 2003, n° 99MA02109, *Commune de Six-Fours-Les-Plages* ; CAA Bordeaux, 6 décembre 2005, n° 02BX01222, *Communauté agglomération Grand Angoulême*.

1223 Ph. PROOT, « La concession de travaux publics », *Jcl Administratif*, janvier 2012, Fasc 672, p. 188.

… / …

contractuelles qui pourraient entraver la réalité de la transparence des procédures comme l'illustre l'arrêt *M. Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais* relatif au périphérique nord de Lyon [1224]. Il reconnaît surtout l'application du principe de l'interdiction de la reconduction tacite des concessions de travaux publics, mais ferait échec à celui-ci dans l'arrêt *Ville de Nice* [1225] par l'application du principe de l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles [1226]. De manière générale, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État que l'existence d'une telle clause, quoiqu'illégale au regard des dispositions de la loi Sapin, n'est pas nécessairement d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui opposait les parties ne doive pas être réglé sur le terrain contractuel [1227]. Mais, la résolution du litige né d'une clause de tacite reconduction ne peut se faire sur le plan indemnitaire puisqu'il est désormais acquis que l'illégalité qui entache une telle clause implique qu'aucun préjudice ne peut résulter de ce qu'elle est privée d'effets, et que cette illégalité contamine et donc paralyse l'application de toute clause complémentaire qui prévoirait l'indemnisation du cocontractant privé de son bénéfice [1228].

La Cour de justice a, de son côté, développé une jurisprudence relative à la durée des concessions de travaux. Elle considère dans son arrêt *Helmut Müller Gmbh* qu'une concession de travaux sans limitation de durée est « *contraire à l'ordre juridique de l'Union* » en ce qu'elle ne permet pas d'établir la concurrence [1229]. Dans ses conclusions, l'avocat général P. Mengozzi a en effet estimé que l'absence de limitation de la durée dénature l'identité concessive d'un tel contrat en lui ôtant deux de ses éléments essentiels. D'abord, la durée illimitée empêche la prise de possession de l'ouvrage par le pouvoir

---

1224 CE, Ass., 6 février 1998, *M. Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, req. n° 138777, 147424 et 147425, *AJDA* 1998.403, chron F. RAYNAUD et P. FOMBEURE, *RFDA* 1998.407, concl. H. SAVOIE.

1225 CAA Marseille, 8 juillet. 2010, *Ville de Nice*, n° 08MA00431.

1226 CE, Ass., 28 décembre 2009, req. n° 304802, *Commune de Béziers*, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, *AJDA* 2010. 142 ; *RFDA* 2010. 519, note D. POUYAUD ; chron. H. PAULIAT, *RD publ*. 2010, n° 2, p. 553 ; *RDI* 2010. 265, obs. R. NOGUELLOU.

1227 CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, n° 314715, *AJDA* 2011, p. 1564, note ZIANNI S., Rec. CE, tables 2011, p. 1005 et 1025.

1228 CE, 17 octobre 2016, *Commune de Villeneuve-le-Roi*; n° 398131, *Contrats-Marchés publ*. 2016, comm. 288, obs. P. DEVILLERS.

1229 CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller Gmbh*, points 70 à 80 : *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 164, note W. ZIMMER ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, repère 5, note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX ; *achatpublic.info*, 8 avr. 2010, note P. PROOT ; *achatpublic.info*, 3 sept. 2010, note A. MÉNÉMÉNIS, *AJDA* 2010, p. 947, note M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT ; *RD imm*. 2010, p. 383, note R. NOGUELLOU.

… / …

adjudicateur pour éventuellement réattribuer un droit d'exploitation. Aussi, elle supposerait une absence du risque d'exploitation.

Le troisième se réfère à l'encadrement des modalités de détermination de la durée des concessions de travaux publics. Celles-ci s'inspirent de l'esprit de l'article 40 de loi Sapin qui pose le principe de l'exigence d'une corrélation entre la durée, la prestation demandée et le montant des investissements. Elle institue la durée normale d'amortissement [1230] en durée plafond et sanctionne les durées excessives. Du fait de la similitude des mécanismes légaux et juridictionnels de détermination de la durée dans les deux catégories concessives, cette question fera l'objet d'une analyse ci-dessous.

2. La consécration précoce du principe de limitation de la durée des concessions de service public

À l'inverse des concessions de travaux publics, les concessions de service public ont fait l'objet d'un encadrement de leur durée contractuelle par application de divers instruments juridiques avec plus ou moins d'efficacité. Par la loi du 29 janvier 1993, le législateur consacre le principe de la limitation de la durée initiale des contrats de délégation de service public (a). Quant aux prolongations, elles ne sont accordées qu'à des conditions restrictives afin d'éviter les contrariétés avec le droit communautaire (b).

a. Un encadrement de la durée initiale

La jurisprudence du Conseil d'État du milieu du XX^{e} siècle contient bon nombre d'exemples de tentatives d'encadrement de la durée des concessions de service public par deux moyens dont le droit positif continue de s'inspirer. Ces arrêts procèdent d'une démystification de la durée des concessions en soumettant d'un côté les concessions d'une durée de plus de trente ans, en vertu de l'article 375 du Code de l'administration communale, à une approbation prise par décret en Conseil d'État [1231], et en admettant de l'autre, la possibilité de conclure des concessions d'une durée de trois ans [1232], voire même d'une année [1233]. Il faut tout de même se garder de voir en ces arrêts le fruit d'une stratégie raisonnée et assumée de cantonnement de la durée des concessions de service public

---

[1230] Pour une étude complète de la notion d'amortissement, voir J.-B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, France, 2009, 477 p.

[1231] CE, 2 mai 1965, n° 64921.

[1232] CE, 21 janvier 1944, *Sieur Léoni*, Rec., p. 26 ; *RDP*, 1944, note JÈZE.

[1233] CE, 19 mars 1948, *Société « Les amis de l'opérette »,* Rec., p. 142.

… / …

puisque le Conseil d'État reviendra quelques décennies plus tard sur ces derniers en considérant qu'un contrat administratif dont la durée est limitée à trois ans ne peut être qualifié de concession [1234]. Le pouvoir règlementaire intervint dans le même temps par voie de circulaire pour préconiser aux collectivités locales les paramètres devant être pris en considération pour déterminer la durée des services publics dont la gestion pouvait être déléguée. Il ressort de cette circulaire que la durée de ces contrats serait fonction de leur nature juridique (concession, affermage, gérance, régie intéressée ou tout autre formule) et de l'importance du service en cause [1235]. Elle déconseillait une durée excessivement courte de peur que celle-ci n'incite pas « *l'exploitant à adapter le service à l'évolution des techniques et des besoins des usagers, ou à assurer l'entretien des équipements dans les conditions optimales* ». Elle recommandait aux collectivités des durées moyennes allant de 5 ans 24 ans en fonction de l'objet de la « délégation » [1236]. L'objectif recherché par cette disposition de la circulaire, à savoir inciter les collectivités à conclure ces types de contrats sur une durée plus raisonnable, n'a pu prospérer puisque la circulaire indique elle-même que « *ces durées ne sont toutefois que des durées indicatives. Elles n'ont bien sûr aucun caractère obligatoire* » et que le Conseil d'État a pu considérer, eu égard au risque de violation du principe constitutionnel de la libre administration des collectivités locales, qu'une circulaire fixant à titre indicatif « *la durée d'un contrat de concession ou d'affermage ne pouvait légalement limiter les prérogatives des conseils municipaux* » [1237].

Il semble qu'il faille néanmoins se plier au constat selon lequel la loi du 29 janvier 1993 consacrant la catégorie des conventions de délégation de service public constitue le véritable acte de naissance de l'encadrement de la durée des délégations de service public ainsi que de leur prolongation [1238]. La durée des délégations de service public repose sur

---

1234 CE, 27 juillet 1984, n° 36465, *Association maison de la culture Nanterre* : Rec. CE 1984, p. 299 ; CE 3 juin 1987 *Société nîmoise de tauromachie et de spectacle*, req. n° 56733, note B. POUJADE, *LPA* n° 72, 15 juin 1988.

1235 Circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux ; champ d'application et conditions d'exercice de la gestion déléguée de ces services, point 2.2, *MTPB* 15 janvier 1988, suppl. TO, p. 32 ; J.O. 20 décembre 1987.14863.

1236 Annexe de la circulaire du 7 août 1987, préc., durée des contrats recommandée dans les modèles de contrats existants en matière de services publics locaux.

1237 CE, 23 juillet 1993 *Compagnie générale des eaux*, Rec. 225 ; *RFDA* 1994. 252, note Ph. TERNEYRE ; *LPA* 8 juillet 1994. 15, note O. GUÉZOU ; *JCP* 1994, éd. G. IV, n° 2280, obs. M.-C. ROUAULT ; *DA* 1993, n° 398.

1238 J.-F. AUBY, « La durée des conventions de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 13 mars 1996, vol. 32, p. 12-14 ; J.-F. AUBY, « La délégation de service public : premier bilan et perspectives », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 août 1996, vol. 4, p. 1095-1115 ; E. DELACOUR, « Délégation de service public. Une durée encadrée », *MTPB*, 10 octobre 1997, p. 76 ; G. ECKERT, « Durée des délégations de service public de casino », *Contrats et Marchés publics*, 1 décembre 2003, vol. 12, p. 27-28 ; G. ECKERT, « Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2007, vol. 6, p. 29-31.

le principe de leur limitation dans le temps dont la détermination découle de deux paramètres.

En premier lieu, elle doit être déterminée par le délégant en fonction des prestations demandées au délégataire. L'obligation légale faite au délégant de fixer lui-même la durée de la délégation de service public n'est que le prolongement de la dévolution par contrat au délégataire d'une mission de service public. Le principe de détermination de la durée initiale en fonction de la prestation demandée est d'application relativement aisée dans les contrats de concession de service public « sèche », d'affermage et de régie intéressée. En effet, dans ces catégories de délégation de service public, le délégant a préalablement réalisé, ou pour le moins, financé l'établissement du service dont elle envisage de confier la gestion à l'entreprise. La fixation de leur durée doit de ce fait être guidée selon la professeure Hélène Hoepffner par l'impératif d'un « *rapport de proportionnalité entre la durée fixée et les obligations du délégataire* » [1239]. Le juge administratif effectue un contrôle juridictionnel, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les éléments pris en compte pour déterminer la durée du contrat [1240].

En second lieu, c'est une combinaison d'éléments qui permet de déterminer la durée du contrat lorsque les installations sont à la charge du délégataire. Celle-ci doit tenir compte de la « *nature et du montant de l'investissement à réaliser* ». Ce cas correspond généralement à l'hypothèse d'une concession de travaux et de service publics dans laquelle le concessionnaire supporte les charges de la conception et de la réalisation de l'ouvrage support du service public à exploiter.

Toujours dans le cas d'une prise en charge par le délégataire des charges d'installation, la durée ne peut dépasser « *la durée normale d'amortissement des installations mises en*

1239 H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2009, p. 244. Le juge administratif se fonde par ailleurs dans son appréciation de la durée, sur une analyse globale de l'équilibre économique du service public : TA Grenoble, 8 novembre 2003, n° 01-4243, *Préfet de la Haute-Savoie*, *BJCP* 2003, n° 27, p. 146.

1240 CE, Sect., 10 novembre 2010, n° 314449, n° 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes ;* CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, *Société auxiliaire de parcs* ; *Dr. adm*. 2000, comm. 207 : Un contrat par lequel une commune avait confié à une entreprise, pour une durée de trente ans, la gestion de deux parcs de stationnement et l'exploitation du stationnement payant était entaché d'une erreur manifeste d'appréciation « *eu égard aux prestations demandées* » au cocontractant, et à la circonstance « *qu'il n'était mis à sa charge qu'un investissement à réaliser peu important pouvant être rapidement amorti* ». Voir également : CAA Marseille, 4 février 2013, n° 09MA03533, *Commune de Cannes* ; CE, 8 février 2010, n° 323158, *Commune de Chartres*, *JCP A* 2010, 2146 note J.-B. VILA ; *Dr. adm*. 2010, comm. 53 ; *BJCP* 2010, p. 208. CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune de Bordeaux* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 259, note ECKERT, TA Nancy, 25 janvier 2000, *Feidt* ; *Dr. adm.* 2000, comm. 82.

… / …

œuvre » [1241]. L'article 75 de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement dite loi Barnier adjoint à l'article 40 de la loi Sapin des dispositions particulières applicables aux contrats de délégation service public conclus dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement, ordures ménagères et autres déchets [1242]. La loi impose que la durée dans ces secteurs, tout en tenant compte de la nature des prestations demandées ainsi que la durée normale d'amortissement [1243], ne puisse excéder une durée de 20 ans que sous dérogation [1244]. D'autres contrats, à côté des secteurs réglementés par la loi Barnier, ont une date d'échéance encadrée. Tel est le cas des concessions de services publics des casinos municipaux dont la durée maximale avait été fixée à 18 ans [1245], puis portée à 20 ans [1246] sans possibilité de dépassement.

Du reste, les paramètres de détermination de la durée des conventions de délégation de service public laissent toutefois une grande liberté d'appréciation au délégataire. Le juge constitutionnel a pour sa part fait découler la constitutionnalité de l'article 40 du fait que le législateur « *a laissé ainsi, sous le contrôle du juge, une marge « d'appréciation » suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées* » [1247].

1241 La notion de durée normale d'amortissement et son influence sur la détermination de la durée feront l'objet d'une analyse approfondie au paragraphe 2.

1242 L. RICHER, « Délégations de service public : les réformes de février 1995 », *AJDA*, 1995, p. 295 ; L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 648.

1243 C'est ce qui ressort de l'avis du CE, Section des Travaux publics, avis adm., 20 février 1996, n° 358595 : *Rapport public du Conseil d'État 1996*, p. 334 : « *Il résulte de ces dispositions que si les délégations de service public dans les domaines de l'eau potable, de l'assainissement des ordures ménagères et autres déchets ne peuvent avoir une durée supérieure vingt ans sauf respecter une procédure préalable de consultation du trésorier-payeur général, elles sont Également soumises en ce qui concerne leur durée globale et les conditions dans lesquelles elles peuvent être prolongées aux dispositions générales fixées par l'article 40 précité* ».

1244 Cette dérogation implique en effet que soient fournis au directeur départemental des finances publiques les justificatifs de dépassement de la durée légale. Celui-ci, après examen rendra un avis qui est communiqué à 'assemblée délibérante.

1245 CE 3 octobre 2003, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 248523, Rec., p. 633 ; *BJCP* 2003, n° 32, p. 50, concl. M.-H. MITJAVILLE.

1246 Décret n° 2009-937 du 29 juillet 2009 modifiant le décret n° 59-1489 du 22 décembre 1959 ; Décret n° 2006-1595 du 13 décembre 2006, *JORF* 15 décembre 2006, modifiant le décret n° 59-1489 du 22 décembre 1959, relatif aux casinos pris en application de la loi n° 2006-437 du 14 avril 2006.

1247 Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, Rec. Cons. const. 1993, p. 14, point 42 ; *LPA* 2 juin 1993, n° 66, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFD adm.* 1993, p. 902, note D. POUYAUD.

… / …

b. Une autorisation mesurée des prolongations

Tout en limitant la durée des concessions de service public, le législateur autorise la prolongation de ces contrats sous certaines conditions.

D'abord, la prolongation d'une concession de service public peut être justifiée par un motif d'intérêt général [1248]. Celle-ci ne saurait excéder une durée d'un an et n'est pas subordonnée à l'impossibilité d'une gestion du service public en régie [1249].

Ensuite, la prolongation peut se faire sans limitation précise de durée [1250] en raison de l'exécution d'investissements nouveaux mis à la charge du concessionnaire. Par un avis du 19 avril 2005, le Conseil d'État est venu expliciter les trois conditions de fond devant gouverner son application. Outre le fait que les investissements doivent être demandés par le délégant, ceux-ci doivent être indispensables au bon fonctionnement du service. Enfin, ils doivent être de nature à modifier l'économie générale de la délégation sans entrainer le bouleversement de celle-ci [1251].

Deux séries de raisons, d'origine communautaire et nationale, peuvent expliquer l'encadrement précoce de la durée initiale ainsi que de la prolongation des concessions de service public.

Primo, les institutions communautaires affichaient leur hostilité vis-à-vis du modèle concessif français. Cette hostilité se manifestait par une « *absence de reconnaissance de la spécificité de ces instruments juridiques par rapport aux marchés publics* » [1252]. La France a finalement obtenu en décembre 1991 que les concessions de service public ne soient pas dans le champ des marchés publics de services soumis à ce qui devait devenir la directive n° 92/50 du 18 juin 1992. La création de la catégorie juridique des délégations

---

1248 Pour une application, voir : CAA Marseille, 9 avr. 2009, *Commune d'Orange*, req. n° 07MA02807 : *AJDA* 2009. 1418, note MARCOVICI.

1249 CE, 8 juin 2005, M. *Tomaselli*, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 255987 et 256200 : Rec. 875 ; *BJCP* 2005. 381, concl. BOULOUIS, obs. C.M ; *AJDA* 2005 1686, note DREYFUS ; *Dr. adm*. 2005, comm. 134, note A. MÉNÉMÉNIS.

1250 Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que la disposition de l'article 40 de la loi Sapin en vertu de laquelle « *en aucun cas la ou les prolongations décidées ne peuvent au total augmenter la durée de la convention de plus d'un tiers de la durées initialement prévue*s » portait une atteinte excessive au principe de la libre administration des collectivités. Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, préc.

1251 CE, section des Travaux publics, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234 : *Rapport annuel 2006 du Conseil d'État*, p. 197 ; *BJCP* 2006. 107, obs. R. S. et Ph. T.

1252 H. COURIVAUD, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 1 novembre 2004, t. XVIII, 4, n° 4, p. 395-434 ; G. LE CHATELIER, « L'évolution du cadre juridique » dans *Eau : le temps d'un bilan*, Flux., 2008, p. 27-34.

… / …

de service public par la loi Sapin a constitué un effort interne d'encadrement et d'« autonomisation » en vue de sauvegarder le modèle concessif. Outre leur légitimité, la pérennité de cette catégorie contractuelle devait découler d'une absence de contrariété avec les principes régissant le marché intérieur ou les dispositions du Traité. La mise en place d'un encadrement des durées excessives ainsi que des modalités de passation des contrats de délégation de service public participent de l'appropriation par le droit de la délégation de service public des « *principes matriciels et transversaux du droit européen des contrats publics* » [1253] que sont la transparence, l'égalité et la publicité adéquate.

Les enjeux de la durée des délégations contractuelles de service public ont, en outre, été saisis par le Conseil de la concurrence qui n'a pas manqué de mettre en évidence dans son avis du 18 mars 2003 qu'une durée excessivement longue est « *susceptible de conférer au délégataire une situation de position dominante sur le marché intérieur* » en violation de l'article 102 du TFUE (ex. 82) [1254]. Cette position est en phase avec celle des juridictions administratives qui procèdent depuis l'arrêt *Million et Marais* au contrôle de légalité des décisions administratives sur la base du droit de la concurrence [1255], en particulier leur compatibilité avec les dispositions relatives aux abus de position dominante [1256].

Secundo, la consécration du principe de la limitation de la durée des concessions de service de public a constitué une réponse politique à la crise de confiance du modèle français provoquée par un mouvement négatif à l'égard des montages concessifs. En effet, les concessions de service public avaient hérité d'une image écornée par des « affaires » depuis les lois de décentralisation qui mettait gravement en doute le caractère vertueux du modèle concessif en comparaison des marchés publics. Ch. Bettinger disait à ce titre

---

1253 G. CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrat publics » dans *In Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2/2, p. 652.

1254 Conseil de la concurrence, Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, *BOCCRF* 2003, n° 7, point 39.

1255 L'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relatives à la concurrence.

1256 CE, 3 novembre 1997, n° 169907, *Société Million et Marais, Société Intermarbres, Société Yonne funéraires* ; Rec. CE 1997, p. 406, concl. STAHL ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. STAHL ; *AJDA* 1997, p. 1012, chron. GIRARDOT et RAYNAUD, *AJDA* 1998, p. 247, note GUÉZOU ; RD publ. 1998, p. 256, note GAUDEMET ; *ACL* 1998, n° 28.

… / …

que « *le régime des concessions dans son principe apparaissait moins en cause que la règle de l'intuitu personae* » [1257].

En effet, jusqu'à la loi du 2 mars 1982 relative au droit des libertés des communes, départements et régions, les traités de concession de services publics étaient soumis à une tutelle étroite de l'État. Les règles d'approbation étaient d'ailleurs relativement complexes. S'il existait un cahier des charges type et que le contrat y était conforme, les délibérations des assemblées locales n'étaient pas soumises à approbation mais exécutoires de plein droit dans un délai de quinze jours après leur dépôt auprès de l'autorité supérieure. Si le contrat n'était pas conforme à un cahier des charges type, l'approbation devait être donnée par le ou les ministres concernés. Lorsqu'il n'existait pas de cahier des charges type dans le secteur concerné, il revenait au préfet d'approuver la délibération [1258]. Le cadre juridique de la tutelle étatique était sans préjudice pour celui régissant les concessions de plus de trente dont la conclusion devait être approuvé par décret en Conseil d'État.

La loi du 2 mars 1982 supprimait la tutelle préfectorale *a priori* pour la remplacer par un contrôle juridictionnel *a posteriori*, et allégeait considérablement la tutelle technique. Il existait néanmoins des textes comme l'article R. 324-2 de l'ancien Code des communes ou la circulaire du 7 août 1987 du ministre de l'Intérieur qui instituaient un contrôle financier [1259] ou un encadrement des critères de choix [1260]. Ce nouveau cadre juridique gouverné par le principe de la libre administration a tout de même constitué, du moins en partie, un terreau fertile à l'éclosion de quelques pratiques douteuses. La loi du 29 janvier 1993 entendait, par le principe d'une durée limitée et de la passation, doter le cadre juridique d'outils lui permettant de parfaire la libre concurrence et de protéger les deniers publics [1261].

1257 C. BETTINGER et G. LE CHATELIER, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés*, *op. cit.*, p. 4.

1258 J-F. AUBY, « Gestion des services publics et corruption », *Les Petites Affiches*, 13 janvier 1995, vol. 6, p. 23-26.

1259 L'article R. 324-2 de l'ancien Code des communes disposait en effet que « *toute entreprise liée à une commune ou à un établissement public communal par une convention financière comportant des règlements de compte périodiques est tenue de fournir à la collectivité contractante des comptes détaillés de ses opérations* ».

1260 Circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, préc.,

1261 L'exposé des motifs projet de loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, devenue la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 nous éclaire sur l'objectif assigné à la loi : « *Les activités susceptibles de servir de support à une opération de corruption*

… / …

B. Une application désormais standardisée du principe de la limitation de la durée dans les concessions

L'uniformisation des notions de concession de services et de travaux ainsi que de leur régime juridique participent de la visibilité des principes applicables à leur durée contractuelle. Bien avant l'influence européenne sur la question (2), le juge national a décidé d'étendre le spectre de la force juridique du principe de la limitation de la durée contractuelle aux contrats antérieurs à la consécration du principe (1).

1. L'application aux contrats de concession *ante* loi Sapin des règles jurisprudentielles encadrant la durée contractuelle

Une fois la force obligatoire du principe de la limitation de la durée confirmée, le juge administratif entreprit d'étendre son application aux contrats signés avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin (a). Il en modulera ensuite les conséquences juridiques (b).

a. La création d'un principe jurisprudentiel résolutoire du sort des contrats conclus avant la limitation légale de la durée

L'absence d'un encadrement légal de la durée des concessions de travaux par l'ordonnance du 15 juillet 2009 a conduit le juge administratif à suppléer cet état de fait par l'édification de règles prétoriennes qui prend pour modèle les principes qui résultent de l'article 40 de la loi Sapin. Cette dernière, au fil de la pratique, a été complétée par un juge administratif soucieux de tirer toutes les conséquences juridiques du principe de limitation de la durée des concessions. La durée qui est « *un élément essentiel du contrat* » [1262] est dès lors devenue pour le juge, durant ces dix dernières années, un « *paramètre d'analyse fondamental de la concession* » [1263]. La question du sort des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin donne un bon exemple du rôle qu'entend faire jouer le juge au principe de la limitation de la durée des concessions.

En effet, par l'arrêt désormais bien connu *Compagnie Générale des Eaux et Commune d'Olivet* [1264], le Conseil d'État admet que les dispositions de la loi Sapin encadrant la

---

présentent en règle générale les deux caractéristiques suivantes : l'opacité de la transaction, l'absence ou le défaut de concurrence. (...) *Pour combattre la délinquance financière, il faut accroître la transparence et la concurrence* ».

1262 Ph. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, France, LGDJ, 2007, vol. 1/, p. 705 et suiv.

1263 J.-F. DAVIGNON, « Concessions de service public », art cit, p. 44.

1264 CE, Ass., 8 avril 2009, n° 271737 et n° 271782, *Compagnie Générale des Eaux et commune d'Olivet*, concl. GEFFRAY : *BJCP*, 2009, p. 287 ; *RFDA* 2009, p. 449 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 85, note MELLERAY ;

… / …

durée des conventions de service public s'appliquent aux contrats signés avant l'entrée en vigueur de cette loi. Il ressort d'une brève présentation des faits de l'arrêt que la commune d'Olivet avait conclu en 1931 avec la Compagnie générale des eaux un contrat de concession de son service de distribution d'eau potable, pour une durée de 99 ans à compter du 4 avril 1933. Le terme fixé à la concession était donc le 4 avril 2032. Ce contrat a fait l'objet de plusieurs avenants. Deux d'entre eux, signés en 1993 et en 1997, ainsi que la délibération du conseil municipal du 29 avril 1997 ayant autorisé la signature du dernier de ces avenants, ont été contestés devant le juge administratif. Alors que le tribunal administratif d'Orléans avait rejeté la requête, du fait de la qualité de tiers au contrat des requérants, la Cour administrative d'appel de Nantes a fait partiellement droit à la demande, en annulant la délibération du 29 avril 1997. La Cour a en effet considéré, par un raisonnement innovant, que l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, tel que modifié par l'article 75 de la loi du 2 février 1995, était applicable au contrat et que la concession en cause ne pouvait, dès lors, se prolonger que pendant vingt ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi de 1995, soit jusqu'au 3 février 2015. La Compagnie générale des eaux et la commune se pourvoient l'une et l'autre en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a annulé la délibération de 1997.

Comme le soulignent les commentateurs les plus autorisés du Conseil d'État, la décision rendue par la haute juridiction administrative s'inscrit « *dans la lignée d'un questionnement classique sur l'application d'une réglementation nouvelle à des situations contractuelles en cours, marqué récemment par la décision d'assemblée KPMG* [1265] *et autres* » [1266]. Mais aussi classique qu'elle soit, la question des effets des normes nouvelles sur les contrats en cours d'exécution n'en demeure pas moins, selon les aveux du Rapporteur public Edouard Geffray, « *l'une des plus redoutables des questions d'application de la loi dans le temps* » [1267]. En principe, sa résolution répond au principe

---

Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 164, note ECKERT ; *AJDA* 2009, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, p. 1090 ; *RJEP* 2009, comm. 41, note PLESSIX ; S. NICINSKI, L'arrêt Commune d'Olivet et les distributeurs d'eau : *AJDA* 2009, p. 174.

1265 CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474, n° 288485, *Société KPMG et a.* ; Rec. CE 2006, p. 154 ; *RFD adm.* 2006, p. 463, concl. Y. AGUILA et note F. MODERNE ; *AJDA* 2006, p. 1028, chron. C. LANDAIS et F. LÉNICA ; D. 2006, p. 1191, note P. CASSIA ; *BJCP* 2006, p. 173, concl. Y. AGUILA et note Ph. TERNEYRE.

1266 S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public : une application immédiate à effet différé », *AJDA*, 8 juin 2009, vol. 20, p. 1090-1096.

1267 E. GEFFRAY, « L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats : Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux (CGE)* c/ *Commune d'Olivet*, req. nos 271737 et 271782 », *RFDA*, 1 mai 2009, vol. 3, p. 449-462.

… / …

(*sic*) de l'application immédiate de toute disposition législative aux situations en cours [1268] en vertu du fait que nul n'ait le droit au maintien d'une réglementation. Toutefois, ce mécanisme résolutoire ne s'applique pas au contrat. La matière est désormais régie par les articles 1103, 1193 et 1104 du Code civil [1269]. De ce fait, les contrats demeurent régis par les dispositions législatives et règlementaires applicables à la date de leur conclusion. La loi en vigueur à cette date, comme l'a rappelé le Rapporteur public, gouverne donc les effets du contrat pour l'avenir [1270]. Trois exceptions permettent cependant d'appliquer la loi nouvelle aux contrats en cours.

En premier lieu, les stipulations contractuelles peuvent prévoir l'application immédiate au contrat des règles nouvelles.

En deuxième lieu, le législateur peut prévoir de façon expresse l'application de la loi nouvelle aux situations contractuelles existantes à la triple condition qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant et que l'atteinte à la liberté contractuelle d'une part, à la libre administration des collectivités territoriales d'autre part, ne soit pas excessive [1271].

La troisième exception, soutenue par une conception jurisprudentielle partagée par les juges nationaux [1272] et communautaire [1273], est celle de la loi qui, sans le prévoir expressément, doit s'appliquer aux situations contractuelles en cours si les considérations d'ordre public suffisamment impératives le justifient sans porter une atteinte excessive à

1268 CE, sect. 19 décembre 1980, *Revillod et a*., Rec., 479 ; concl. B. GENEVOIS ; Voir aussi : CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, rec. p. 379 ; CE 20 mai 1966, *Hautbois*, rec. p. 346 ; CE 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels français*, rec. p. 645 ; CE, Ass., 13 décembre 2006, *Madame Lacroix*, n° 287845, rec. p. 540.

1269 Ces articles remplacent l'ancien article 1134 du Code civil qui disposait que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

1270 E. GEFFRAY, « L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats : Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux* (*CGE*) c/ *Commune d'Olivet*, req. nos 271737 et 271782 », art cit.

1271 C'est ce qui ressort de la jurisprudence constitutionnelle, Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle ;* Cons. const., 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. Cons. Const, p. 120.

1272 Pour le juge administratif, voir : CE, sect., 29 janvier 1971, *Emery et autres*, Rec., p. 80 ; notamment, les conclusions du président VUGHT, *AJDA* 1971 p. 409 ; CE, sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, Rec., p. 748 ; CE, Ass, 18 octobre 1974, *Veuve Rodet*, Rec., p. 494 ; CE 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, Rec., T. p. 721 ; CE 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, Rec., p. 393, concl° J.-H. STAHL. Pour le juge judiciaire, voir : Civ. 22 avril 1929, S. 1932. 1. 129 ; Cass., ch. mixte, 20 mars 1952 sur l'application aux baux en cours des dispositions interdisant la sous-location ; Civ. 1re, 18 avril 1989, Bull. civ. I, n° 160, ou Civ. 1re, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 115, ou Civ. 1re, 4 décembre 2001, Bull. civ. I, n° 307.

1273 CJCE 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie*, *Milieu en Water*, C-17/03.

la liberté contractuelle. Se fondant sur cette dernière exception, l'Assemblée du contentieux a jugé par son arrêt du 8 avril 2009 que les dispositions de la loi Sapin s'appliquaient aux contrats signés avant son entrée en vigueur. Pour le Conseil d'État, « *la loi du 29 janvier 1993 répond à un impératif d'ordre public qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* ».

Il revenait ensuite aux juges, une fois la question de l'application de la loi Sapin aux contrats en cours avant son entrée en vigueur résorbée, de s'atteler à en déterminer les conséquences juridiques

b. Des conséquences juridiques à géométrie variable

Premièrement, selon le Conseil d'État, l'existence d'une clause fixant des durées incompatibles avec les dispositions de son article 40 ne saurait entrainer la nullité de ladite convention, ni contraindre les parties à de telles conventions à en modifier la durée au motif qu'une telle obligation de renégociation porterait une atteinte excessive au principe de libre administration des collectivités locales. L'arrêt de la Cour administrative d'appel est censuré, sur ce point, pour erreur de droit.

Deuxièmement, les juges confirment le principe général de la limitation de la durée en précisant qu'il appartient au juge du contrat, tout en tenant compte de la spécificité des prestations et des investissements, de s'assurer du moment auquel les clauses du contrat ne peuvent plus être régulièrement exécutées est l'issue de « *la durée maximale autorisée par la loi* ».

Enfin, s'agissant de la concession de distribution d'eau dont la durée, en dehors de la dérogation prévue à cet effet, ne peut excéder 20 ans, les clauses « *qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi, excédant la durée maximale autorisée par cette loi ne peuvent plus être régulièrement être mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte* ».

Le Conseil d'État propose une solution d'équilibre, car cette forme de « caducité » de la convention au-delà du délai imparti, « *tout en assurant une réelle limitation dans le temps des conventions de délégation de service public […] ménage les contrats*

existants » [1274]. Cette caducité souple [1275] peut laisser place, tel qu'il ressort de l'arrêt rendu en référé du 7 mai 2013, à l'exercice par la personne publique de son pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse le juge au préalable[1276]. Autrement dit, le non-respect de la condition de limitation de la durée qui répond à un « *impératif d'ordre public* » [1277] rend le contrat illégal et justifie sa résiliation pour ce motif [1278].

2. La confirmation européenne et nationale de la relativité du principe de la limitation de la durée

Il est difficile, à la lecture de l'article 18 de la directive, de considérer les dispositions relatives à la durée comme encadrant effectivement la durée des concessions de services et de travaux. On retrouve plutôt une énonciation de grands principes dont la formulation laisse apparaître leur perméabilité. Il apparaît toutefois que la compréhension de l'article 18 relative à la durée de la concession doit se faire par le prisme du considérant 52 du préambule de la directive qui expose les motivations de l'encadrement souple de la durée.

En effet, il ressort de ces dispositions que le droit européen soumet les concessions au respect du principe de la limitation de leur durée. L'inspiration d'origine française est flagrante. À l'image du droit national, obligation est faite aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices d'estimer par eux-mêmes « *la durée sur la base des travaux ou des services demandés* ». On conçoit ici encore la nécessaire justification de la durée par l'objet du contrat. Notons, toutefois, qu'à l'inverse du droit français qui ne fixe pas de durée maximale des délégations de service public [1279], la directive pose une limitation de principe de la durée des concessions à 5 ans. Mais, une fois proclamé, le législateur européen démontre toute la relativité du principe qui admet des dérogations par ailleurs

---

1274 S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, « La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public », art cit.

1275 S. BRACONNIER, N. DOURLENS et R. MOUSTIER, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *Contrats et Marchés publics*, 1 mai 2013, vol. 5, p. 43-44.

1276 CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043 ; *AJDA* 2013, p. 1271, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *JCP A* 2013, comm. 2297, obs. J.-B. VILA, préc.

1277 CE, Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux* (*CGE*) c/ *Commune d'Olivet*, préc.

1278 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 627.

1279 Sous réserve de l'article 75 de la loi du 2 février 1995 ainsi que la dérogation prévue à cet effet dans les secteurs de l'eau, de l'assainissement et des déchets.

… / …

souplement encadrées. En effet, la limitation de 5 ans peut être mise en échec par une approche financière de la concession qui prend en compte la notion d'investissement. Concrètement, la durée de la concession doit être calculée de sorte à correspondre au laps de temps nécessaire au concessionnaire pour recouvrer les investissements réalisés.

L'article 34 de l'ordonnance de transposition est resté sur une formulation qui allie d'une part, les acquis de l'article 40 de la loi Sapin et d'autre part, la conception européenne extensive de la notion d'investissement contribuant théoriquement à faire sauter plus facilement le verrou de la limitation des concessions à 5 ans [1280]. L'ordonnance reprend les dispositions relatives à la durée introduites par la loi Barnier auxquelles elle apporte des innovations procédurales mineures quant à la mise en place de dépassement de la durée de 20 ans [1281].

[1280] Article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire* ».

[1281] Notamment sur la communication désormais facultative aux membres de l'organe délibérant compétent des conclusions de l'examen du directeur départemental des finances publiques.

§ 2. La novation des modalités de détermination de la durée

Le paramètre de la durée est un facteur qui influence la rentabilité économique du contrat. En effet, la durée est une notion éminemment économique en ce que la rétribution du concessionnaire est étalée sur la durée de la concession. La fixation de la redevance est, entre autres, également fonction de la durée. En ce sens, la notion d'amortissement a constitué le mécanisme privilégié d'adossement de la durée (A). Elle est la cible, sous l'empire du droit de l'Union, d'un processus de substitution par la notion d'investissement (B).

A. L'amortissement, un mécanisme "juridictionnellement" non identifié

L'entrée de l'amortissement en tant que garant de la limitation de la durée des concessions de service public ne s'est pas accompagnée d'éléments pouvant conduire à rendre aisée son identification, ni sa détermination (1). Cet élément « juridiquement » non identifié fait régulièrement l'objet de questions parlementaires [1282]. Un travail de clarification de la notion s'est dès lors imposé au juge administratif (2).

1. Un mécanisme pluriel

La diversité d'acceptions inhérente au terme d'amortissement (a) n'a pas contribué à véritablement affermir l'ambition d'une limitation de la durée des délégations de service public fondée sur la notion de la durée normale d'amortissement (b).

a. La polysémie du concept d'amortissement dans les concessions

La notion d'amortissement correspond à un florilège d'acceptions qui ont presque toutes irrigué, d'une manière ou d'une autre, la matière des concessions.

Au sens générique, l'amortissement est une opération de gestion qui consiste à étaler la valeur d'un bien sur sa durée de vie. Il a ainsi pour but de prendre en compte la dévaluation du capital physique du fait de son usure, de sa disparition ou de son obsolescence, de sorte à permettre une anticipation financière du renouvellement des actifs par reconstitution du capital. En cela, il constitue une technique de gestion de l'effet du temps sur les biens de production, et sous cette vision globale de l'amortissement, se

[1282] La dernière question écrite, en date du 17 mars 2016 posée au ministre de l'Intérieur par le sénateur Jean Louis Masson, portant sur la nécessité de préciser la notion de « durée normale d'amortissement des biens » est inscrite sans réponse. Question écrite n° 20641, J.O. Senat du 17 mars 2016.

dessine d'ores et déjà les contours de la logique présidant à la distinction du sort des biens dans les contrats de type concessif. Cette présentation générale ne rend cependant pas compte de la diversité des modalités permettant d'arriver à cet objectif.

C'est d'abord sous sa fonction comptable que l'amortissement s'observe le mieux. L'amortissement comptable est défini par le Plan Comptable Général comme la « *constatation comptable d'un amoindrissement de la valeur d'un élément d'actif résultant de l'usage, du temps, de changements de technique, et de toute autre cause dont les effets sont jugés irréversibles* » [1283]. Il consiste principalement à la mesure comptable de la valeur de la dépréciation d'une immobilisation qu'une entreprise peut légalement enregistrer dans ses documents comptables. Il remplit à ce titre une double fonction.

Il permet d'abord de mettre en œuvre l'amortissement pour dépréciation des biens support de la concession (encore appelé amortissement technique ou industriel) en compensant la perte de substance de l'immobilisation par un prélèvement sur les bénéfices de l'exploitation. Cet amortissement contribue à maintenir au niveau exigé par l'objet du contrat, du potentiel productif des installations mises en concession, qu'elles l'aient été par le concédant ou le concessionnaire, que ce soit en cours ou en fin de concession lors du retour des installations au concédant [1284]. Il participe ainsi à l'autofinancement des moyens, puisqu'il génère un flux de trésorerie utilisable pour financer les dépenses d'investissement. En introduisant la notion de « *durée normale d'amortissement* » à l'article 40 de la loi Sapin, le législateur a semblé ériger à l'origine l'amortissement technique comme condition de la validité de la durée maximale des délégations de service publics [1285]. En effet, pour J.-B. Vila, par la « *durée normale d'amortissement* », le législateur se réfère sans ambiguïté « *au temps nécessaire pour que la valeur du patrimoine financé par le cocontractant soit techniquement nulle* » [1286].

L'amortissement comptable constitue aussi le socle de la comptabilisation de l'amortissement financier de caducité. Celui-ci constitue une pratique particulière aux concessions et depuis 2008 à tous les contrats de délégation de service public. Il constitue

---

1283 Le Plan Comptable Général, Com. RC, règlement n° 2005-09, 03 novembre 2005, portant diverses modifications au règlement n° 99-03 du 29 avril 1999 du Comité relatif au plan comptable général et à l'article 15-1 du règlement n° 2002-10 relatif à l'amortissement des actifs.

1284 S. ROCHER et J.-C. SCHEID, « Concessions : amortissement de caducité et provision pour renouvellement », *Gestion & Finances Publiques*, février 2010, n° 2, p. 159.

1285 M. COLLET, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public. À propos de l'arrêt Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 7 janvier 2008, vol. 655, p. 3-8.

1286 J.-B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 30 et suiv.

le pendant de l'amortissement fiscal. Ce dernier est prévu par le règlement CRC 2002-10, et se traduit par la déduction d'annuités, dont le montant dépend de la valeur initiale du bien et de sa durée de vie prévisible. Il a pour fonction, en même temps qu'il oblige l'entreprise à faire état dans ses écritures comptables de la perte de valeur du bien en question, de permettre à celle-ci de provisionner des dotations aux amortissements en franchise d'impôt qui permettront de remplacer les équipements support de la concession une fois ceux-ci devenus obsolètes.

Cette politique fiscale volontariste destinée à accroitre la capacité d'autofinancement des entreprises du secteur privé pour le renouvellement des immobilisations de production [1287] n'obéit cependant pas à la même logique que celle qui gouverne l'amortissement financier de caducité appliqué aux délégations de service public [1288]. L'amortissement financier de caducité est conçu, dans ce cas, comme un palliatif au risque de réduction des capitaux propres initiaux du concessionnaire dans l'hypothèse de l'existence au terme de la concession d'une durée de l'amortissement technique restant à courir [1289]. Cette désynchronisation entre la durée contractuelle et la durée d'amortissement est d'autant plus préjudiciable au concessionnaire qu'elle ne permettrait pas d'assurer la récupération des investissements des biens de retour.

L'amortissement assure enfin une fonction financière en ce qu'il permet à toute entreprise de déterminer la durée du remboursement d'une dette ou d'un emprunt. En cela, il n'est pas étranger aux concessionnaires qui en dehors de leurs capitaux propres font appel à ce mode de financement.

Ces différentes acceptions de l'amortissement qui obéissent à une finalité et à des modes de calculs n'ont pas manqué d'interroger la doctrine et le juge administratif quant à la place de leur durée dans la détermination de la durée du contrat de concession [1290].

1287 J.-P. FRADIN et J.-B. GEFFROY, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, Paris, P.U.F, Droit fondamental, 2003, p. 364 et suiv.

1288 Le règlement CRC 2002-10 sur l'amortissement et la dépréciation des actifs n'encadre pas la concession qui reste soumise au guide comptable qui prévoit à la suite de la jurisprudence fiscale l'application de l'amortissement de caducité dans les concessions.

1289 L. BAHOUGNE, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 422 ; J.-B. VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 251 et suiv.

1290 F. BRENET, « La détermination de la durée des délégations de service public », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 1 février 2010, vol. 672, p. 21-24.

b. La problématique liée à l'arrimage de la durée contractuelle sur celle de l'amortissement

La consécration de la « *durée normale d'amortissement* » comme critère de fixation de la durée contractuelle des délégations de service public suppose *a priori* une maîtrise de bout en bout des éléments d'identification et de calcul de l'amortissement. Ce ne fut pas le cas pour au moins deux raisons.

La première résulte d'un manque de balisage par le législateur de ce qu'il convenait de comprendre sous le vocable de la durée normale d'amortissement. En effet, comme évoqué précédemment, la notion d'amortissement n'est pas inconnue dans les contrats de concession. L'amortissement financier de caducité, quoique résultant d'une logique particulière exorbitante de l'application communément mise en œuvre dans le secteur privé, repose sur un vieux fondement [1291] confirmé par le juge fiscal [1292]. Ces défauts ne sont pas minorés [1293], mais suffisamment pris en compte [1294] pour que le juge administratif accepte d'élargir son application à tous les contrats de délégation de service public [1295]. À l'inverse, la notion législative de « *durée normale d'amortissement* » n'a fait l'objet d'aucune définition ni de la mise en place d'un référentiel de calcul. Ce vide notionnel a naturellement conduit la jurisprudence à diverger sur le sens à donner à la notion d'amortissement. Comme le souligne Christophe Bonotte, une certaine lecture de la disposition a conduit la pratique, dans le silence de la jurisprudence, à considérer que le législateur avait entendu se référer à la notion d'amortissement comptable [1296]. Cette solution avait pour elle l'avantage de la simplicité. Son calcul permettait, par l'usage de

---

1291 La pratique de l'amortissement de caducité a été admise pour les concessions de service public par instruction de l'administration fiscale du 31 janvier 1928. Elle a ensuite fait l'objet d'encadrement règlementaire successif (Document administratif 4 D-265, du 26 novembre 1996, BOI-BIC-AMT-20-40-20120912 du 12 septembre 2012). Cette pratique

1292 CE, 31 juillet 1942, *Société X* : Rec. CE 1942, p. 241.

1293 Il n'est pas exclu que par des comportements opportunités, le concessionnaire use de stratégies d'occultation sur les résultats nets de la concession qui peuvent fausser le critère du risque. Certaines de ces pratiques probables (lissage de compte ; cession du contrat entre filiales d'une même société mère ; dissimulation du niveau réel des provisions pour risque et pour renouvellement) sont énumérées dans les documents administratifs 4 E-144 et 4 D-264.

1294 Le juge administratif a, dans cette optique, réaffirmé les conditions strictes mises à l'application du mécanisme : CE, 8e et 3e ss-sect., 14 janvier 2008, *Société Sogeparc France* n° 297541 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 11, comm. 207 ; *RJEP* 2008, n° 655, étude M. COLLET, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public », étude 6, p. 3 ; *RJF* 2008, n° 401 ; *BDCF* 4/08, n° 46, concl. L. OLLÉON.

1295 CE, 8e et 3e ss-sect., 11 décembre 2008, n° 309427, *S.A. hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *Dr. fisc*. 2009, n° 17, comm. 290, concl. L. OLLÉON ; *RJEP* 2009, comm. 17, note M. COLLET ; *BF Lefebvre* 3/2009, inf. 190.

1296 Ch. BONOTTE, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, p. 89-104.

l'amortissement linéaire, d'obtenir une durée constante calquée sur la durée de vie des immobilisations. En cela, il était en adéquation avec l'esprit de la loi. La durée d'amortissement comptable avait aussi pour avantage d'apporter la certitude exclusivement comptable qu'au terme de la concession, les immobilisations seront amorties. Toutefois, le référentiel de la durée d'amortissement comptable constitue une présentation trop simpliste des enjeux et de la complexité des concessions. Sa raideur mathématique contribue à envisager son application qu'à des concessions dans lesquelles la valeur totale est certaine dès la formation du contrat. Dans cette hypothèse, la durée d'amortissement comptable constituerait un repère parfait. Mais l'on ne sait que trop bien que la valeur économique d'une concession constitue, par définition, une donnée instable, ne serait-ce que du fait des différentes mutations de son objet, des obligations d'adaptation et des prérogatives de l'administration. C'est un contrat essentiellement tributaire de son environnement.

L'amortissement financier n'était pas non plus à exclure *de facto* des hypothèses de référentiel, mais sa vocation première est de cristalliser la durée de l'accord financier entre le concessionnaire et ses partenaires financiers. Il ne constitue ni une perte ni un gain et n'influe pas par lui-même sur les résultats de l'exploitation. Son influence devrait en conséquence être limitée dans la détermination de la durée de la concession pour deux séries de raisons. D'abord, l'amortissement financier ne rend pas compte de la structure globale du financement des contrats de concession puisqu'il élude le cas des concessionnaires qui financent ledit contrat sur fonds propres. Ensuite, la complexité des montages financiers d'emprunt peut permettre l'octroi de prêts dont l'usage n'est pas forcement destiné au financement de la concession.

Il semble incontesté que la détermination de la durée contractuelle de la concession reposant sur des considérations purement formelles découlant d'un plan comptable ou d'un plan de financement ne permet logiquement pas une visibilité saine de l'économie du contrat [1297].

La durée normale d'amortissement a paradoxalement concouru, en raison de la diversité des interprétations, à fragiliser l'ambition d'une limitation de la durée des délégations de service public. Le juge administratif, au travers de certains principes, tente depuis déjà une décennie de faire prévaloir « *l'esprit des règles des contrats publics sur la lettre du texte* » [1298].

1297 F. BRENET, « La détermination de la durée des délégations de service public », art cit.

1298 P. IDOUX et F. CAFARELLI, « Durée des délégations de service public », *Droit administratif*, 1 novembre 2009, vol. 11, p. 27-31.

2. Les faiblesses de la détermination jurisprudentielle de la durée normale d'amortissement

La mise en œuvre par le juge administratif de son pouvoir d'interprétation de la loi a permis l'élaboration du concept juridique de l'amortissement économique qui ne se confond pas totalement avec la conception économique de l'amortissement économique (a). Si le concept semble à même de justifier rétroactivement les modalités légales de détermination de la durée contractuelle des concessions, elle n'emporte pas totalement conviction (b).

a. Des principes jurisprudentiels de détermination

Le Conseil d'État, dans un effort d'interprétation de la notion de « *durée normale d'amortissement* », a érigé de grands principes qui ont pour vocation de faciliter l'identification et de baliser les modes de calcul de la durée des concessions.

Premièrement, il a rejeté la position consistant à fonder exclusivement et systématiquement la durée des concessions sur l'amortissement comptable. Il ouvre par l'arrêt *Société Maison Comba* [1299] la possibilité d'une combinaison des acceptions de l'amortissement mais surtout, la prise en compte de l'équilibre économique général de la convention dans la détermination de sa durée contractuelle. En effet, pour les juges de la Haute juridiction administrative, confirmant l'arrêt de la Cour administrative d'appel [1300], la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante « *peut-être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements* ». Précisons que quoique novatrice, cette conception souple et extensive de la durée normale d'amortissement avait été implicitement dictée par la position du Conseil constitutionnel sur l'article 40 de la loi Sapin qui avait considéré qu'en posant le principe selon lequel la durée de la délégation de service public ne devait pas excéder la durée normale d'amortissement du bien, le

---

1299 CE, 7e et 2e ss-sect. 11 août 2009, *Société Maison Comba* ; n° 303517, *BJCP* 2009, p. 470, concl. B. DACOSTA ; *AJDA* 2010, p. 954, note P. SUBRA DE BIEUSSES ; *RJEP* 2010, comm. 8, note F. BRENET ; *Dr. adm.* 2009, comm. 147, note P. IDOUX et F. CAFARELLI ; *JCP A* 2009, 2261, note J.-B. VILA ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 364, note G. ECKERT.

1300 CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Société des Crématoriums de France et ville d'Aix-en-Provence ;* n° 04MA01644 et n° 04MA01841, *JCP A* 2007, 2138, p. 10, obs. S. CHATAIN.

… / …

législateur avait laissé ainsi sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce, eu égard à la multiplicité des modes de calcul d'amortissement ainsi qu'à la diversité et à la complexité des installations susceptibles d'être concernées [1301]. Au demeurant, la précision apportée à la notion de durée normale d'amortissement interpelle d'emblée sur sa véritable capacité à clarifier cette notion. Conceptuellement, elle emporte deux éléments. D'un côté, elle brise l'idéologie strictement comptable relativement populaire chez les praticiens tout en leur proposant une lecture somme toute permissive de l'influence de l'amortissement dans la détermination de la durée contractuelle de la concession. De l'autre, cette conception n'a paradoxalement pas contribué à éteindre définitivement, du moins à apaiser les controverses doctrinales relatives à la nature de la notion amortissement de l'article 40 de la Sapin. Bien au contraire, la confirmation par la jurisprudence de la portée extensive et du caractère perméable de la notion contribue au maintien de l'idée qu'il s'agit encore pour l'essentiel d'un objet juridiquement non identifié.

Deuxièmement, l'évolution jurisprudentielle de l'interprétation de la durée normale d'amortissement apportée par l'arrêt *Société Maison Comba*, a conduit le juge à préciser trois grands principes devant encadrer son mode de calcul. Il a tout d'abord précisé le point de départ de la durée normale d'amortissement. Ce point de droit, d'une acuité certaine, n'a pas été tranché par le législateur. Le Conseil d'État répondra à cette question en jugeant dans son arrêt du 8 février 2010 *Commune de Chartres* que le point de départ de l'amortissement correspond à la « *date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage* » [1302]. Tout en fixant la date de départ de la durée d'amortissement, le juge apporte un regard actualisé sur le calcul de durée normale d'amortissement. Cette dernière peut inclure en sus le temps nécessaire à la réalisation des travaux et donc à la mise en service des ouvrages. Cette méthode de calcul constitue une matérialisation de la durée « plafond » prévue par le législateur pour assurer la mise en concurrence périodique des concessions. Ensuite, le Conseil d'État rappellera opportunément par l'arrêt *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole et*

1301 Cons. Const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, préc., point 42.

1302 CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, Rec. CE 2010, tables ; *BJCP* 2010, p. 208, concl. B. DACOSTA, obs. R.S. ; *JCP A* 2010, 2146, note J.-B. VILA ; *DA* 2010, comm. 53 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 147, note G. ECKERT ; Voir aussi CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société Véolia Propreté*, n° 10LY00536, *AJDA* 2012, p. 83, obs. C. VINET ; *BJCP* 2012, p. 218 ; *Complément Services publics*, février 2012, p. 7 ; *JCP* A 2012, 2226, obs. J.-B. VILA.

… / …

Société Véolia eau que si la durée contractuelle ne peut légalement excéder la durée normale d'amortissement des biens, aucun principe n'interdit en revanche au concédant de déterminer une durée contractuelle inférieure à la durée normale d'amortissement. Toutefois, une telle convention dont la durée ne permet pas au concessionnaire d'amortir les investissements qu'il a réalisés peut prévoir son indemnisation à hauteur du montant des investissements non amortis au terme de la concession [1303]. Par ailleurs, aucun principe ne fait obstacle à ce que le contrat prévoit le versement de cette indemnité avant le terme du contrat, y compris au début de son exécution, dès lors qu'elle correspond à cette valeur nette comptable des biens remis [1304]. À l'inverse, la nécessité de mettre fin à d'une concession dont la durée contractuelle dépasse la durée d'amortissement normale ou plafond fixé par la loi, « *constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par le concédant, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge* » [1305]. L'enrichissement sans cause devrait dans ce cas exclure *a priori* que le concessionnaire soit indemnisé. En revanche, quels que soient les motifs de la réalisation, son impact patrimonial sur les biens de retour doit être neutralisé par l'application de l'amortissement financier de caducité. Le Conseil d'État rappelle l'application du principe de l'indemnisation intégrale des biens de retour non amortis tel que posé par l'arrêt *Commune de Douai* [1306], sans que la circonstance selon laquelle le compte prévisionnel démontrerait le caractère structurellement déficitaire de l'exploitation du service public produise une incidence sur ce principe [1307].

La conception jurisprudentielle de la durée normale d'amortissement initiée par l'arrêt *Société Maison Comba* et dont les modalités d'application viennent d'être présentées se fonde sur une vision économique de l'amortissement implicitement prescrite par le juge

---

1303 Pour une analyse exhaustive de la question : J. MARCHAND, « Contrats de délégation de service public. Durée du contrat public et durée d'amortissement. Réflexions autour de la décision du Conseil d'État du 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération Chartes métropole* », numéro 352417, *Droit administratif*, 1 mars 2013, vol. 3, p. 18-25.

1304 CAA, Nancy, 28 avril 2016, *Communauté d'agglomération d'Épinal* c/ *Société Numéricable*, n° 15NC00389 ; CE, 13 février 2015 *Communauté d'agglomération d'Épinal* c/ *Société Numéricable*, req. n° 373645.

1305 CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043, préc.

1306 CE, Ass., 22 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n° 342788, *BJCP* 2013, p. 136, concl. B. DACOSTA, Quel est le statut des biens dans une DSP ? Quel est le sort de ces biens à la fin de la convention ? ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, repère 2, note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, L'apport de l'arrêt "Commune de Douai" au droit de la domanialité publique ; *AJDA* 2013, p. 457, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU, Biens de retour : gare aux boomerangs.

1307 CE, 4 mai 2015, *Société Domaine Porte des neiges*, req. n° 383208, note P. DEVILLERS.

… / …

constitutionnel et révélée aux lendemains de la loi Sapin par certains auteurs [1308]. La prise en compte de l'ensemble des paramètres économiques de l'exploitation d'une concession pour fixer la durée d'amortissement se justifie à bien des égards. Toutefois, il semble que le procédé choisi soit inadapté.

b. L'inadaptation du procédé jurisprudentiel

Deux séries de contrariétés permettent d'illustrer l'inadaptation du procédé mis en place par l'arrêt *Société Maison Comba*. La première résulte d'une confusion des termes qui conduit à des situations assez inédites, démontrant par-là la coexistence de deux notions, l'une juridique et l'autre économique de l'amortissement. La seconde procède à une reconfiguration des concepts qui découle d'une lecture qui nous semble altérée de l'esprit de la loi.

En premier lieu, s'il ne fait aucun doute que l'amortissement comptable ne se confond pas avec le concept d'amortissement économique tel qu'il résulte de la jurisprudence, il est en revanche moins certain que celui-ci se distingue nettement de l'amortissement technique. La confusion des termes est ici particulièrement frappante puisqu'en économie, l'amortissement technique/industriel ou pour dépréciation relève essentiellement d'une conception économique (*sic*) de l'amortissement. De là, à affirmer que l'amortissement économique et l'amortissement technique/industriel sont deux logiques d'une même idée, il n'y a qu'un pas [1309]. Pourtant, force est de constater que l'amortissement économique tel qu'envisagé en fiscalité et en comptabilité et l'amortissement économique « juridique » tel que la juridiction administrative l'a conceptualisé ne se recoupent pas parfaitement [1310].

Le premier a pour fonction d'accomplir ce que J.-B Vila résume sous le vocable « *d'amortissement complet* », c'est-à-dire « *l'amortissement qui a pour objet de prendre en compte les pertes de valeurs du patrimoine* » [1311] afin d'anticiper le renouvellement des biens de production au plus proche de la réalité économique et non simplement

---

1308 J.-F. AUBY, « La durée des conventions de délégation de service public », art cit ; F. LINDITCH, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 20 février 1996, vol. 2, p. 100-110.

1309 S. ZIANI, « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *Droit administratif*, 1 mai 2011, vol. 5, p. 19-25.

1310 J.-B. VILA, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 2 juillet 2012, vol. 26, p. 14-19.

1311 J.-B. VILA, « Les règles applicables aux biens d'une délégation de service public (DSP) : méthodologie renouvelée du Conseil d'État », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 18 février 2013, vol. 8, p. 22-27.

comptable. Il contribue ainsi à pérenniser l'activité économique dans l'intérêt de l'entreprise. Dans cette hypothèse, l'amortissement n'est qu'exceptionnellement linéaire. Il est légèrement progressif ou légèrement dégressif puisque le calcul de sa durée dépendra de l'allure de l'évolution des recettes et des coûts.

Le concept juridique de l'amortissement économique se distingue de son côté en ce qu'il ne constitue pas à proprement parler une finalité, mais plutôt une modalité de calcul, un point de repère pour la durée contractuelle maximale de la concession. Sa conception est donc largement tributaire des spécificités de ce contrat. Le juge compense sa linéarité par l'élargissement de son spectre d'application à travers la prise en compte de l'équilibre économique globale du contrat. De plus, même s'il ne se prononce pas de façon précise sur la question, on peut légitimement penser que ce concept d'amortissement économique inclut nécessairement la possibilité pour le concessionnaire de se constituer un profit. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de souligner cette distorsion entre l'approche comptable et juridique de l'amortissement économique. Le professeur J.-F. Auby faisait remarquer que « *si l'amortissement a, en matière comptable, un sens économique très précis puisqu'il se réfère à la durée de vie normale d'un équipement, ce sens n'a de portée que générale et doit être adapté à chaque cas particulier dans la limite posée par les usages comptables* » [1312].

La confusion des termes a, au fil des arrêts, laissé place à une substitution des logiques. En effet, la consécration du concept d'amortissement économique a eu corrélativement pour effet d'élargir les frontières d'influence de l'économie générale du contrat. Cantonnée jusque-là au champ de l'exécution et, dans certaines hypothèses, à l'extinction des contrats administratifs, l'équilibre financier assure désormais, au stade de la passation de ce dernier, un rôle clé dans détermination de la durée normale d'amortissement et par prolongement, de la durée plafond de la concession. Le juge administratif semble définitivement le faire prédominer sur la logique d'amortissement consacrée par le législateur.

La seconde contrariété revient à tirer les conséquences de cette substitution de logique au regard de l'esprit de la loi.

Mais il convient, préalablement à tout propos, de revenir sur l'application jurisprudentielle renouvelée du concept de l'économie générale du contrat et d'en expliquer les motivations. L'économie générale du contrat a constitué l'un des soubassements de la théorie générale des contrats administratifs. Il permet de

1312 J.-F. AUBY, « La durée des conventions de délégation de service public », art cit.

contrebalancer le déséquilibre naturel dans l'exécution du contrat administratif en assurant au cocontractant un minimum de garanties indemnitaires des conséquences de l'exercice par l'Administration de son pouvoir de modification unilatérale [1313]. De même, en cas de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général [1314], le maintien de l'équilibre financier du contrat commande que le cocontractant puisse être indemnisé de tout le préjudice qu'il subit [1315] qui peut inclure la part non amortie des biens au terme du contrat [1316]. L'invocation par la jurisprudence de la nécessaire prise en compte de l'économie générale du contrat au niveau de leur passation n'est point fortuite. Elle répond à une logique d'ensemble que le législateur n'a pas suffisamment intégré lors de l'élaboration de la loi du 29 janvier 1993, si ce n'est à considérer que cette non-intégration était volontaire et excluait de fait toute interprétation du juge débordant du cadre comptable de l'amortissement. Il semble que ce ne fut pas le cas. L'insertion du concept de l'économie générale du contrat dans la détermination de la durée normale de l'amortissement tendait à pallier la vacuité de la formule législative. Et pour cause, la mise en perspective de l'économie générale de la concession au moment de la formation de cette dernière oblige à une nouvelle appréciation des éléments substantiels présidant à sa constitution. En effet, apprécier et évaluer l'économie globale de la concession revient en réalité à analyser trois éléments fondamentaux [1317]. Le premier élément se réfère à l'objet de la concession, c'est-à-dire les obligations mises à la charge du futur concessionnaire. De son identification résulte deux données essentielles : l'estimation des investissements à mettre en œuvre et la marge de profit susceptible d'être dégagée par le concessionnaire. Ce premier élément, véritable centre névralgique de l'économie de tout contrat, conditionne le calibrage des autres éléments. Le second élément de l'économie du contrat consiste à envisager le temps nécessaire au futur concessionnaire pour recouvrer ses investissements. Il s'agit de la durée d'amortissement, « *période durant laquelle les investissements représentent une charge qui pèse sur les résultats du concessionnaire au titre d'obligations de service public* » [1318]. Celle-ci est établie de

---

1313 CE, 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* : Rec. CE 1910, p. 216, concl. BLUM ; D. 1912, 3, 49, concl. BLUM ; S. 1911, 3, 1, concl. BLUM, note HAURIOU ; RDP 1910, p. 270, note JÈZE.

1314 CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. CE 1958, p. 246 ; *AJDA* 1958, p. 282, concl. KAHN ; D. 1958, p. 730, note A. de LAUBADÈRE.

1315 CE, 6 février 1925 *Demouchy*, Rec. CE 1925, p. 121.

1316 CE, 27 février 1935, *Société des eaux et du gaz de Courtenay* : Rec. CE 1935, p. 256.

1317 J.-B. VILA, « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », art cit.

1318 *Ibid.*

… / …

manière à réaliser le troisième élément qu'est l'équation financière que G. Jèze définit comme le principe selon lequel « *les recettes (tarifs) sont calculées de manière à couvrir des dépenses* [d'investissement et] *d'exploitation* » [1319], étant entendu qu'elle assure au concessionnaire non seulement la couverture de ses dépenses, mais aussi une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal [1320]. À cette présentation, peuvent venir s'agréger différents facteurs au cours de l'exécution de la concession dont l'influence sur l'économie générale du contrat impactera nécessairement les éléments précités. L'isolation de cet ensemble de la durée d'amortissement comme référentiel de la durée maximale de la concession, sans tenir compte des imbrications existantes altère dans les faits, dès la formation du contrat, l'approche économiquement réaliste de la concession. Si l'on peut reprocher au législateur cette conception restrictive des modalités de fixation de la durée contractuelle, ne peut-on pas objecter le même reproche au juge administratif qui, par une conception souple et extensive de l'amortissement élargit considérablement le champ des éléments à prendre en compte pour le calcul de la durée contractuelle ? À tout le moins, les difficultés d'appréhension de la notion de la durée normale d'amortissement ne sont pas pour autant dissipées. Connaître les éléments du mode de calcul ne renseigne pas forcément sur la nature de la notion qui demeure toujours un objet juridique non identifié.

B. L'investissement, agrégat de la détermination de la durée de la concession

L'appréhension de la durée par le prisme de la notion d'investissement promeut un changement de paradigme. Elle s'accompagne certes d'une absence de référence à l'amortissement. Mais la logique initiée par cette dernière est globalement maintenue. En effet, si l'amortissement comptable est définitivement exclu, la logique qui sous-tend l'amortissement économique est implicitement précisée. Elle semble se retrouver dans la notion globale d'investissement qui constitue la nouvelle grille d'appréciation de la durée (1). Outre cette propriété, l'investissement a le mérite de se laisser appréhender par le risque d'exploitation en tant que valeur explicative de cette dernière (2).

1319 G. JÈZE, « L'équation financière dans la concession de service public, note sous CE, 10 avril 1935, *Ville de Toulon* », *RDP*, 1935, p. 735.

1320 *Ibid.*

1. La pertinence de l'investissement dans la détermination de la durée contractuelle

L'investissement remplit un rôle de palier pour déterminer la durée. En cela, il constitue une grille d'analyse encline à se substituer formellement à l'amortissement économique. L'irradiation de la durée par toutes les acceptions de l'investissement justifie successivement l'application de la durée standardisée (a), les modulations (b) ainsi que la novation du régime des prolongations de la durée initiale des concessions (c).

a. Faiblesse de l'investissement et durée "standardisée" des concessions

En encadrant les modalités devant justifier la durée des concessions supérieures à cinq ans, le législateur européen pose implicitement une limitation de principe de la durée des concessions à 5 années. Cette durée maximale « standard » marque la volonté des institutions européennes de matérialiser par une durée plafond de droit commun le principe selon lequel « *la durée des concessions est limitée* » afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. Il convient de se convaincre qu'en dépit des faiblesses que l'on peut trouver à la limitation de toutes les concessions à une durée standard de 5 ans, celle-ci procède d'un raisonnement par palier dont l'investissement constitue la pièce maîtresse. En effet, l'absence ou la faiblesse de l'investissement à la charge du concessionnaire conduit en principe à un verrouillage de la durée maximale de la concession. Cette hypothèse doit cependant être relativisée à la lumière de la directive, puisque la formulation de son article 18 semble admettre d'une part, que dès lors que la concession est inférieure ou égale à cinq ans, tout contrôle sur les modalités de détermination de la durée est exclu [1321]. D'autre part, qu'aucun principe n'interdit que l'autorité concédante limite à 5 ans des concessions exigeant de la part du concessionnaire des investissements importants. C'est pour faire échec à cette seconde hypothèse que le législateur délégué national a opté pour une interprétation moins libérale. En effet, en reprenant à peu de chose près la formule consacrée par la loi Sapin, l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 [1322] rappelle que, y compris dans les concessions de durée égale ou inférieure à 5 ans, la légalité de la durée contractuelle choisie par l'autorité concédante découle nécessairement d'un lien de proportionnalité entre l'objet de la concession et les investissements demandés au concessionnaire. On pourrait, *in fine*,

---

1321 Ph. TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 276-279 ; G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », art cit.

1322 Article 34 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « ...*Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire*... ».

considérer que le juge administratif continuera à effectuer un contrôle minimum sur la durée de droit commun des concessions.

L'investissement constitue en outre un critère de catégorisation des contrats composant l'ancienne notion de délégation de service public. Il peut en effet servir de repère transitionnel entre la concession et la régie intéressée. Ph. Coste définit la régie intéressée comme « *un contrat de courte durée ayant pour objet de confier la gestion et l'entretien d'un service public préexistant, aux risques et périls de la collectivité délégante, à une personne physique ou morale moyennant une rémunération limitée dans son ensemble et composée d'une prime de base et de prime et pénalités de gestion fondées sur le résultat de l'exploitation qu'ils soient financiers qualitatifs ou quantitatifs* » [1323]. Ce type de délégation de service public exclut la réalisation de travaux et n'exige du régisseur un investissement financier. Cette faculté de l'investissement est essentiellement d'ordre pratique et rassurante pour les acteurs devant passer d'un régime juridique à l'autre. Elle donne toutefois des indices sur l'intention du législateur délégué qui a souhaité assurer une certaine continuité avec le droit des délégations de service public. Cette volonté est encore plus perceptible dans les modalités de détermination de la durée dans les concessions pour lesquelles un investissement est mis à la charge du concessionnaire.

b. La modulation de la durée par l'extension de la notion d'investissement

Le rôle attribué à la notion d'investissement dans la détermination de la durée contractuelle se manifeste particulièrement dans le cadre des concessions dont la durée est supérieure à 5 ans. Celui-ci repose sur une double justification formelle et fonctionnelle. Sur la forme, est-il encore besoin de rappeler ici la structure de l'article 6 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession qui définit la notion d'investissement dans une sous-section relative à la durée du contrat de concession ? Ce choix, loin d'être anodin, acte l'interdépendance entre ces deux éléments essentiels du contrat. Sur le plan fonctionnel, l'investissement constitue la substance structurante de la durée contractuelle. Selon l'article 18 de la directive, la durée des concessions doit en effet tenir compte du « *temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques* ». La volonté du législateur européen d'articuler la durée contractuelle autour de

[1323] Ph. COSTE, *La régie intéressée*, Thèse de doctorat, Université d'Orléans, 2005, 429 p.

l'investissement a, par suite, permis de préciser cette importante notion. Il se dégage en effet de l'analyse concurrente de l'article 18 et du considérant 52 de la directive 2014/UE/23 une conception extensive de la notion d'investissement. Évitant soigneusement de proposer une définition juridico-comptable, les institutions européennes ont opté pour un encadrement patrimonial et temporel étendu de la notion d'investissement.

Le cadre patrimonial se caractérise tout d'abord par une approche étendue du champ matériel et immatériel de l'investissement. Les dispositions de la directive, fidèlement transposée à l'article 6 du décret du 1er février 2016, conçoivent l'investissement comme tout « *travaux de renouvellement* », mais aussi comme toutes « *les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel* » [1324]. Cet inventaire extensif qui ne prétend à aucune exhaustivité a vocation à débrider en pratique la capacité d'investissement des concessionnaires et ouvre dès lors des perspectives intéressantes en matière d'innovations technologiques.

Quant au cadre temporel, il démontre que l'investissement est soit statique, soit mouvant, et peut même être constitué de ces deux éléments. Les investissements sont d'abord initiaux, c'est-à-dire appréciables avant la formation de la concession. Cette appréciation de l'investissement est investie d'un double intérêt. Elle contribue à l'estimation par l'autorité concédante, en amont de la passation, de la valeur initiale prévisionnelle de la concession afin de déterminer la nature de la procédure de mise en concurrence et de publicité à mettre en œuvre [1325]. Elle constitue ensuite une donnée importante pour les candidats qui leur permet d'une part, de renforcer leur capacité financière et de financement et, d'autre part, d'estimer la rentabilité de la concession. Les investissements sont ensuite dynamiques en ce qu'ils doivent nécessairement tenir compte de ceux réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Ce dernier caractère de l'investissement procure en outre un avantage en droit interne. Correspondant peu ou prou

---

1324 Considérant 52 de la directive concession ; article 6 du décret du 1er février 2016.

1325 Y. SIMONNET, « Détermination de la valeur et de la durée des concessions », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 33-36 ; F. LINDITCH, « Mise en œuvre des procédures de passation des concessions de service », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, 5 mai 2014, vol. 18, p. 28-31 ; G. CLAMOUR, « Nouvelle directive concessions, premier panorama », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2014, vol. 3, p. 21-24.

… / …

à l'affermage [1326], il permet à ce dernier de ne pas être strictement assujetti à la limitation de principe de la durée [1327]. L'importance de l'investissement devant être réalisé durant l'exécution de la concession devient ici le principal régulateur de la durée des « contrats d'affermage ».

Du reste, il faut remarquer que l'analyse de la directive sur les modalités de calcul des investissements à réaliser durant l'exécution du contrat semble mal aisée. La doctrine s'accorde à affirmer que cette conception mouvante de l'investissement est en phase avec la réalité économique du contrat. Elle s'accorde aussi à souligner que la formulation adoptée par la directive soulève des difficultés d'ordre pratique notamment sur l'estimation objective en amont d'éventuelles extensions de durée dès la passation du contrat [1328].

En outre, l'approche extensive de l'investissement pour déterminer la durée de la concession et le choix du pouvoir règlementaire de substituer au verbe « recouvrir » [1329] celui de « amortir » [1330] dans la rédaction de l'article 6-II a laissé entrevoir une volonté de se référer à la conception nationale d'amortissement dont l'interprétation au sein de la concession suscite toujours un certain inconfort. De plus, par son mutisme sur laquelle des conceptions (législative ou jurisprudentielle) devant prévaloir, le texte ravive le débat doctrinal sur la question de savoir s'il s'agit d'une référence à l'amortissement comptable ou économique. Si pour certains auteurs les arrêts dans la lignée de *Société Maison Comba* ont consacré la primauté de la conception « économique » de l'amortissement et clos le débat [1331], d'autres sont moins enclins à voir dans le mode de calcul de la durée

---

1326 F. LEHOUX et Ph. GUELLIER, « Articulation entre la directive et la loi Sapin : quelles sont les modifications à prévoir ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 36-39.

1327 G. LE CHATELIER, « Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession », *AJCT*, 2016, p. 249-257.

1328 J.-B. VILA, « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », art cit.

1329 Article 18 de la directive : « *...la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il* "recouvre" *les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis...* ».

1330 Article 6 du décret du 1er février 2016 : « *...la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il* "amortisse" *les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis...* ».

1331 G. LE CHATELIER, « Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession », art cit ; G. ECKERT, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », art cit ; F. LEHOUX et P. GUELLIER, « Articulation entre la directive et la "loi Sapin" », art cit.

… / …

proposé par la directive 2014/23/CE et dans la transposition de l'article 6-II, une référence pleine et entière à la position jurisprudentielle [1332].

Enfin, l'ordonnance du 29 janvier 2016 maintient la disposition de la loi Barnier qui encadre la durée des concessions dans certains secteurs. Ainsi, pour les contrats de délégation de service public de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, leur durée contractuelle ne pourra être supérieure à vingt ans, sauf dérogation et après avis du DGFiP à partir d'éléments justificatifs.

c. Le régime renouvelé de la modification de la durée : le cas de la prolongation de la concession

Acte de prévision durant la passation, la durée contractuelle peut être soumise à divers aléas lors de l'exécution de la concession. Dans cette hypothèse, on rejoint J.-F. Sestier pour admettre que « *la possibilité de faire évoluer les clauses régissant des relations contractuelles constitue bien plus qu'un attrait, une véritable nécessité* » [1333]. Le législateur et le juge administratif ont érigé des régimes de la modification au sein de l'instrument contractuel concessif. L'ouvrage de la professeure Hélène Hoepffner propose une étude approfondie de ces régimes de modification de l'instrument contractuel ainsi que de l'encadrement de leurs effets [1334]. Concernant la modification de la durée des concessions, l'article 1411-2 du CGCT posait deux possibilités. La première admettait la modification sur une année du terme du contrat initial. La seconde pouvait se justifier par des investissements supplémentaires à l'initiative du concessionnaire qui auraient pu occasionner une augmentation substantielle des tarifs si la durée contractuelle n'était pas modifiée.

De manière générale, le régime de la modification des concessions mise en place par la directive 2014/23/UE rompt avec ceux issus de la loi Sapin et de la directive de 2004 [1335] encadrant respectivement les contrats de délégation de service public et les concessions de travaux. Une analyse circonscrite au régime des modifications temporelles montre que ce dernier a subi un renouvellement tant de ses conditions d'application que de son régime juridique.

1332 J.-B. VILA, « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », art cit.

1333 J.-F. SESTIER, « La modification des contrats de concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 55-60.

1334 H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, *op. cit.*

1335 L'article 61 de la directive 2004/18/CE.

… / …

En dehors des hypothèses dans lesquelles la modification est permise [1336], l'article 43 de la directive instaure s'agissant du régime juridique des modifications directes ou incidentes de la durée un changement de paradigme. Les textes nationaux de transposition en fournissent, par ailleurs, une lecture plus simple du principe posé et de ses dérogations [1337]. Ainsi, toute modification substantielle du contrat de concession qui conduirait à sa novation est illégale si elle ne fait pas l'objet d'une nouvelle procédure de passation permettant une mise en concurrence. L'acception large de la notion de modification substantielle permet d'envisager des hypothèses de modification de la clause relative à la durée ou par le truchement d'une clause technique ou économique du contrat. De ce fait, on assiste à un glissement du régime autonome de la modification de la durée des contrats de délégation de service public vers l'encadrement de toutes les modifications substantielles par le régime des avenants irrigué par le principe de la mise en concurrence [1338].

2. L'invitation à la rationalisation de la rémunération par un renforcement de l'encadrement du droit à retour sur investissement

La doctrine initiée par M. Hauriou [1339] et synthétisée par G. Jèze [1340] s'accorde à reconnaître qu'en droit français, la contrepartie financière obtenue par le concessionnaire se forme autour de deux composantes : le droit à rémunération et la nécessité d'une juste rémunération. Le droit à rémunération, dans son principe, ne pose pas de difficultés. Il permet d'assurer au concessionnaire un tarif lui permettant d'atteindre l'équilibre financier du contrat en contrepartie de ses obligations contractuelles. Elle doit être en lien avec l'exploitation du service ou de l'ouvrage sans nécessairement en provenir substantiellement. Il justifie aussi la compensation financière des bouleversements économiques affectant les conditions d'exécution de la concession. La juste rémunération [1341], de son côté, implique une correspondance entre le coût de la prestation

---

1336 Ces hypothèses sont reprises à l'article 36 du décret du 1er février 2016.

1337 Article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

1338 R. NOGUELLOU, « L'exécution des contrats de concession », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 23 mai 2016, vol. 18, p. 1008-1012.

1339 M. HAURIOU considérait que la rémunération du concessionnaire doit être assortie d'un « bénéfice normal ». Voir note sous CE, 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice* : S. 1920, p. 25.

1340 G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, *op. cit.*, p. 69.

1341 C. BETTINGER, *La concession de service public et de travaux publics*, Paris, France, Berger-Levrault, 1978, p. 118.

… / …

fournie par le concessionnaire et le tarif pratiqué. Il suppose une rationalisation de la rémunération. Cette approche de la rémunération fut confirmée par le Conseil d'État par son arrêt du 23 mai 1942, *Commune de Vésinet* [1342]. Si le droit du concessionnaire à assurer sa rémunération par l'exploitation du service ou de l'ouvrage a fait l'objet d'un côté, d'une affirmation solennelle législative qui l'inscrit dans une durée maximale n'excédant pas celle nécessaire à l'amortissement des investissements et de l'autre, d'une élévation au rang de critère discriminatoire de la *summa divisio*, la juste rémunération quant à elle, a largement été passée sous silence. Certes, il existe des textes épars qui effleurent la question. D'autres en revanche, sans la définir, font explicitement référence à la juste rémunération du concessionnaire en précisant que l'une de ses finalités est d'assurer « *la couverture des coûts réels du service rendu dans les conditions normales d'exploitation* » [1343]. Comme l'a fait observer un auteur, la juste rémunération n'a pas non plus pertinemment retenu l'attention du Conseil d'État [1344]. La référence à cette notion s'est peu à peu raréfiée dans la littérature de la Haute juridiction administrative. Ce constat est assez révélateur de la volonté concurrente du législateur et du juge administratif de préserver un noyau dur d'éléments contractuels sous le sceau de la liberté de négociation [1345]. C'est ainsi qu'on peut généralement observer une absence de règlementation relative aux clauses financières dans les concessions et la rigueur avec laquelle le juge sanctionne la violation du principe d'irrévocabilité des clauses financières. C'est à la faveur de nouvelles règles budgétaires, économiques et communautaires que les juridictions administratives ont été conduites à rationaliser le cadre des négociations relatives aux clauses financières. Cette réticence à véritablement encadrer le contenu de la rémunération du concessionnaire a conduit le paysage juridique français a occulté les questions relatives à la juste rémunération, et partant de là, celles concernant la rentabilité de la concession.

La question de l'encadrement de la rentabilité est centrale dans la sphère concessive puisque cette dernière constitue la principale motivation des soumissionnaires. En effet,

---

1342 CE, 23 mai 1942, *Vésinet*, rec. p. 591. La même idéologie se retrouve dans l'arrêt CE, 3 janvier 1947, *Société d'Entreprise générale de distribution et de concession d'eau et de gaz et de travaux publics* : Rec., 1947, p. 648.

1343 Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, d'orientation des transports intérieurs « LOTI », JORF du 31 décembre 1982, p. 4004.

1344 P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 739.

1345 A. GRAS, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif*, 1 juillet 2012, vol. 7, p. 15-22 ; S. ZIANI, « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *Droit administratif*, 1 mai 2011, vol. 5, p. 19-25.

… / …

« *la rémunération des investissements ne se confond pas totalement à celle de coûts : sauf à négliger la marge de l'entrepreneur* » [1346]. Elle constitue le dernier élément du triptyque présidant au calcul de l'économie du contrat. L'estimation du taux de rentabilité de l'investissement résulte d'une appréciation combinée des obligations contractuelles à la charge du concessionnaire contrat et du risque d'exploitation devant être assumé par lui durant la durée du contrat. Pourtant, en posant le principe selon lequel la durée de la délégation de service public « *ne peut dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre* », l'article 40 de la loi Sapin avait omis de préciser les conditions temporelles dans lesquelles le concessionnaire pouvait réaliser une marge bénéficiaire. La directive innove sur ce point par sa reconnaissance explicite du droit à retour d'investissement. La durée de la concession n'est plus seulement une durée nécessaire à l'amortissement des immobilisations, des biens ou de tout autre investissement, mais elle constitue aussi une durée de réalisation du profit. Cet apport de la directive n'est pas au sens jurisprudentiel tant européen que national une nouveauté. Mais son inscription dans les textes destinés à être transposés en droit national a contribué à corriger cette anomalie normative.

S'agissant de la structure de la rémunération, faut-il encore rappeler que l'inexistence au profit du concédant de normes techniques et économiques et la perméabilité du contrôle administratif permettant d'examiner la rentabilité du contrat a favorisé l'éclosion de pratiques tendant à la maximiser [1347]. La position du juge administratif sur la question reste ambivalente. En effet, tout en énonçant la nécessité de rationaliser la marge bénéficiaire du concessionnaire, il ne s'oppose pas pour autant à un déplafonnement par les coûts en matière de redevances [1348]. Toutefois, la consécration par la directive du droit à retour sur les capitaux investis [1349] a conduit au souhait − non matérialisé par les textes de transposition − d'une actualisation de l'approche nationale de la rentabilité en posant les jalons d'un encadrement beaucoup plus lisible de la rentabilité par une meilleure

---

1346 L. BAHOUGNE, *Le financement du service public*, *op. cit.*, p. 263.

1347 J.-B. VILA, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du co-contractant », *Contrats et Marchés publics*, 1 mai 2010, vol. 5, p. 6-15 ; A. GRAS, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », art cit ; S. ZIANI, « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », art cit.

1348 Voir en ce sens conclusions de C. DEVYS sur CE, Ass., 16 juillet 2007 *Syndicat national de la défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital* et *Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique*, *RFDA*, 2007, p. 1269, spéc. 1273.

1349 O. LAFFITTE, « Les nouveaux paramètres financiers des contrats de concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 61-64.

connaissance de la structure des coûts à travers une normalisation du cadre comptable et financier.

Le silence du législateur sur l'encadrement de la marge bénéficiaire dans la structure de la rémunération du concessionnaire ne constitue pas en soi un obstacle pour une entreprise jurisprudentielle qui s'attacherait à faire jouer un rôle central au critère du risque dans la détermination de la marge bénéficiaire. Le bénéfice raisonnable peut, entre autres, s'accomplir par une estimation de la marge bénéficiaire en fonction de l'étendue du risque d'exploitation assumée par le concessionnaire. Cette conception a le mérite de maintenir une adéquation entre, d'une part, l'investissement et la rentabilité et d'autre part, la rentabilité et risque d'exploitation. Elle apporte, de plus, une toute autre légitimité au risque. D'inspiration anglo-saxonne, cette idée considérée par certains auteurs comme dépassée [1350], renait avec le renouveau du risque dans la concession.

[1350] P. COSSALTER, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 742.

CHAPITRE II.

LE RENFORCEMENT DE L'ENCADREMENT DE L'EXTINCTION DE LA CONCESSION

La fin du contrat apparaît en quelque sorte comme une épreuve de vérité [1351]. Ceci est particulièrement vrai pour la concession dont les enjeux contractuels initiaux peuvent continuer de produire des effets à l'extinction du contrat. La « *désunion de la communauté d'intérêts* » que constitue la fin de la concession a été pendant longtemps le parent pauvre des études juridiques. Cette situation par l'absence d'une jurisprudence abondante qui s'explique par le fait que la fin des concessions est largement encadrée par la volonté des parties. Toutefois, les déséquilibres qui pourraient naître de cette situation justifient la création de principes d'encadrement de l'extinction.

Le processus de standardisation des règles applicables à la fin des contrats de concession n'est pas récent dans son principe. La jurisprudence, par le truchement des règles régissant le service public, a démontré dès le début du 20ème siècle sa capacité à réguler la disparition des concessions en consacrant les théories jurisprudentielles telles que la continuité du service public, l'équilibre financier, le rachat et la résiliation. Toutefois, la fin des concessions n'obéit pas automatiquement aux règles encadrant la fin des contrats administratifs. La singularité du régime de la fin des concessions est caractéristique de la conciliation entre l'objet naturel de ce type de contrats et le mécanisme concessif.

L'évolution du droit des concessions a exigé de la part du juge administratif un effort d'adaptation des règles particulières régissant la fin des concessions. En premier lieu, l'absence de justification tangible de la singularité des résiliations des concessions à l'initiative de l'autorité concédante et du concessionnaire a conduit à une profonde mise à jour de leurs régimes (**Section I**). Dans un second temps, le juge administratif a peu à peu peaufiné, au nom notamment de la sécurité juridique, les régimes de la liquidation des biens et des engagements dans le cas de la fin anticipée des concessions (**Section II**).

1351 L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », art cit.

SECTION I.

L'*AGGIORNAMENTO* DES RÉGIMES DE RÉSILIATION UNILATÉRALE DES CONTRATS DE CONCESSION

La fin des concessions est soumise à un ensemble hétérogène de règles, de solutions animées par des logiques différentes ouvertes toutefois à une classification bipartite : les règles régissant la fin normale ou par caducité, et celles encadrant les fins anticipées des concessions.

Le régime de l'extinction naturelle de la concession, quoiqu'étant complexe, constitue le point de convergence des éléments tels que la durée, la rentabilité, l'amortissement, le retour sur investissement, la volonté des parties. Ceux-ci n'appellent pas davantage de réflexions dans la mesure où « *la théorie des causes des contrats administratifs n'est naturellement pas entièrement différente de la théorie correspondante dans les contrats civils* » [1352]. Le régime de la fin anticipée des concessions, quant à lui, a connu ces dernières années une évolution substantielle de son *modus operandi*.

D'une part, la résiliation unilatérale à l'initiative de l'autorité concédante, dont l'application est particulière en droit des concessions, s'est totalement intégrée au régime des règles générales applicables aux contrats administratifs (§ 1). D'autre part, le droit des concessions s'est ouvert, non sans conditions, à l'exception d'inexécution (§ 2).

§ 1. LA LENTE RECONNAISSANCE DE LA RÉSILIATION UNILATÉRALE À L'INITIATIVE DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE

Reconnu précocement par la juridiction administrative [1353], le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général est, dans son principe, selon Péquignot, « *l'un des droits de l'Administration les moins contestés* » [1354]. Il est, au regard du droit positif, « *emblématique de la théorie générale des contrats administratifs* » [1355] du fait de son intronisation par la jurisprudence au rang des « *règles générales applicables aux contrats*

1352 A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 1404.

1353 CE, 17 mars 1864, *Paul Dupont*, D 1864, 3, 87 ; CE, 9 décembre 1927, *Gargiulo*, Rec., 1198.

1354 G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.*, p. 391.

1355 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 427.

… / …

administratifs » [1356]. Ces règles, dont fait également partie le pouvoir de modification unilatérale, existent alors même qu'aucune disposition législative ou règlementaire, non plus qu'aucune disposition contractuelle n'en organise l'exercice [1357]. Paradoxalement à ce statut, les doutes sur la reconnaissance du pouvoir de résiliation unilatérale en droit des concessions n'ont été dissipés que récemment tant en droit interne (A) qu'en droit européen des concessions (B).

A. La dissipation des incertitudes relatives à l'applicabilité des pouvoirs de résiliation unilatérale dans la concession

Poursuivant une finalité commune, la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général et la déchéance du concessionnaire ont, en revanche, connu une reconnaissance jurisprudentielle différenciée, actant le fait que la concession emporte des conséquences particulières sur le régime de l'un (1) et de l'autre (2).

1. La reconnaissance mouvementée de la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général

Si le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général fait incontestablement partie des règles caractéristiques des contrats administratifs [1358], sa manifestation dans le contrat administratif par nature que constitue la concession connaît « *un relief ou un régime particulier* ». Son existence même dans la concession a fait l'objet d'hésitations doctrinales. Il est en effet remarquable que la concession qui a fait office de laboratoire dans la formation de la théorie générale des contrats administratifs n'a pas eu les honneurs d'un arrêt de principe clair relatif à l'exercice du pouvoir résiliation unilatérale alors qu'elle était reconnue de plein droit pour la personne publique dans les marchés publics de travaux publics [1359], de fournitures [1360]. Le juge administratif a d'ailleurs nettement semblé privilégier la procédure de « rachat » [1361] de concession pour

---

1356 CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, Leb. 246, *AJ*, 1958.II.282, concl. J. KAHN ; *D*. 1958, p 730, note A. de LAUBADÈRE.

1357 CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat - Crédit foncier de France*, Rec. CE 1985, p. 141 ; *AJDA* 1985, p. 620 ; *RFDA* 1986, p. 21 ; *RD publ*. 1986, p. 21

1358 U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », *Droit administratif*, 1 novembre 2015, vol. 11, p. 14-22.

1359 CE, 6 février 1925, *Gouverneur général Algérie* c*/ Demouchy :* Rec. CE 1925, p. 121.

1360 CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, préc.

1361 CAA Marseille, 2 octobre 2001, *Société immobilière du Port de Miramar,* 00MA02080, *Contrats-Marchés publ*. 2002, comm. 43.

… / …

motif d'intérêt général et confiner la résiliation unilatérale à un mécanisme exceptionnel dont la légalité est conditionnée soit par l'existence d'une clause contractuelle l'autorisant expressément, soit par la survenance d'un évènement de force majeure [1362]. Cette position jurisprudentielle a conduit des auteurs à ne pas reconnaître un pouvoir autonome de résiliation unilatérale à l'autorité concédante [1363].

La réflexion autour de l'existence du pouvoir de résiliation dans les contrats de concession a connu son déclin avec les arrêts du 2 février 1987, *Société TV6* [1364] et du 2 mars 1987, *Société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre* [1365], par lesquels, respectivement, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits consacraient au profit de l'autorité concédante un principe général de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général sans que celle-ci soit tenue de se référer au juge du contrat [1366].

La reconnaissance du pouvoir de résiliation unilatérale soulevait subséquemment la problématique relative au titulaire de ce pouvoir dans les contrats conclus entre deux personnes publiques. La jurisprudence y a répondu en deux séquences. Elle a, tout en admettant l'existence de ce pouvoir dans les contrats entre deux personnes publiques [1367], circonscrit les hypothèses qui ne soulèvent pas de difficultés. C'est le cas des marchés publics, contrat dans lequel une des personnes publiques est attributaire. Cette dernière ne peut se prévaloir de l'usage du pouvoir de résiliation unilatérale par ce qu'elle n'a pas

---

1362 Pour une illustration, voir : CE, 14 décembre 1964, *Commune de Moins*, Rec., t. 937 ; *Journal des maires* 1965, 869.

1363 A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 159 ; R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, Paris, France, 1948, p. 1279 ; J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*, p. 172.

1364 CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, Rec. CE 1987, p. 29 ; *RFD adm.* 1987, p. 29, concl. FORNACCIARI ; *AJDA* 1987, p. 314 et p. 360, chron. AZIBERT et DE BOISDEFFRE ; *LPA* 7 sept. 1988, note TURPIN ; *Quot. jur.* 24 mars 1988, p. 5, note ROUAULT.

1365 T. confl., 2 mars 1987, *Société d'aménagement et développement Briançon-Montgenèvre c/ Commune de Montgenèvre* : *RFD adm*. 1987, p. 191, note F.M. ; *LPA* 28 septembre 1987, p. 24, note J. MORAND-DEVILLER.

1366 Reste que, de manière tout à fait anachronique, par un avis du 9 avril 2005, la section des Travaux publics du Conseil d'État soumet rigoureusement la légalité de la résiliation unilatérale des délégations de service public à l'intervention du juge du contrat. CE, Sect. travaux publics, Avis n° 371.234, 9 avril 2005 : « *Si la délégation est une concession de service public, la résiliation ne peut intervenir, sauf stipulation contractuelle contraire, que par décision du juge pour faute du concessionnaire d'une particulière gravité, pour motif d'intérêt général ou en raison d'un évènement de force majeure rendant impossible la poursuite du contrat. Hormis ces hypothèses, et en l'absence d'une clause de rachat de la concession ou d'une clause autorisant une résiliation unilatérale, le délégant ne peut obtenir une fin anticipée de la concession* ».

1367 CE, 21 décembre 2007, n° 293260, n° 293261, n° 293262 et n° 293263, *Région Limousin* ; publié au Recueil Lebon ; *AJDA* 2008, p. 481, note J.-D. DREYFUS ; *RJEP* 2008, comm. 16, concl. E. PRADA-BORDENAVE.

… / …

de pouvoir d'organisation sur l'objet du contrat [1368]. Ensuite, par sa décision du 27 février 2015, *Commune de Béziers*, la Haute juridiction semble admettre implicitement la détention conjointe du pouvoir de résiliation unilatérale par deux personnes publiques parties à un contrat dont l'objet porte sur l'organisation du service public ou les modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général [1369].

Le droit de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général a néanmoins une contrepartie : l'indemnisation intégrale du concessionnaire qui, par définition, n'a commis aucune faute [1370]. L'autorité concédante doit en principe indemniser le concessionnaire du montant des investissements non amortis ainsi que du manque à gagner qui s'apprécie à compter de la date de résiliation du contrat de concession [1371]. Toutefois, il est loisible de remarquer des évolutions à ce sujet dans la jurisprudence du juge administratif. En effet, le lien entre la résiliation pour motif d'intérêt général et l'obligation d'indemniser le cocontractant tend à perdre de son automaticité.

Premièrement, l'arrêt du 4 mai 2011 [1372] rappelle que l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale est subordonné au droit à indemnité du cocontractant. Il admet également que les modalités de cette résiliation peuvent être contractualisées et précise un certain nombre de principes qui doivent régir l'indemnisation. De ce fait, l'indemnisation ne doit pas être supérieure au préjudice subi par le contractant en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités [1373]. En revanche, énonce l'arrêt, rien n'interdit que les stipulations du contrat « *prévoient une*

1368 CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols et Le Vigan*, préc. : « *la personne publique qui a été attributaire d'un marché de services, comme aurait pu l'être une personne privée, ne peut se prévaloir de sa qualité pour modifier ou résilier unilatéralement le contrat* ».

1369 CE, 27 février 2015, n° 357028, *Commune de Béziers*, *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 101, note G. ECKERT ; P. BOURDON, « La résiliation unilatérale d'une convention de coopération entre personnes publiques » *AJDA* 2015, p. 1482-1488 ; voir également : CE, 4 juin 2014, n° 368895, *Commune d'Aubigny-les Pothées* ; Rec. CE 2014 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 232, note J.-P. PIETRI.

1370 CE, 3 mars 2017, *Société Leasecom*, n° 382446, à publier aux tables du Recueil Lebon.

1371 CE, 23 mai 1962, *Ministre des Finances*, n° 41178, Rec. p. 342.

1372 CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, préc., ; CAA Nantes 11 avr. 2014, *Agrocampus Ouest*, n° 12NT00053 : « *Considérant, en second lieu, qu'en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation* ».

1373 Voir en ce sens : CE, 3 mars 2017, *Société Leasecom*, préc.

… / …

indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration » [1374].

Par la suite, un arrêt du Conseil d'État en date du 19 décembre 2012 [1375], toujours en matière de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, renouvelle le débat quant à ses conséquences. Le Conseil rappelle aux pouvoirs adjudicateurs qu'ils ont la possibilité de résilier un marché (ou une concession) sans avoir à indemniser leur cocontractant si les clauses contractuelles le prévoient, reprenant ainsi une solution qu'il avait déjà consacrée [1376].

2. L'admission récente de la déchéance du concessionnaire

Habituellement, les contrats administratifs comportent une clause attributive de compétence à l'administration concertante afin qu'elle puisse prononcer la résiliation du contrat en cas de faute de son cocontractant [1377]. À l'instar de la résiliation pour motif d'intérêt général, la résiliation pour faute peut désormais s'appliquer sans texte. Lorsqu'elle est prononcée, la résiliation unilatérale pour faute, encore appelée déchéance du concessionnaire, met un terme au contrat de concession en cours d'exécution et produit des conséquences financières différentes de la résiliation pour motif d'intérêt général.

D'une part, il est constant que le concessionnaire doit supporter les conséquences financières de sa faute. Il ne peut ainsi solliciter l'indemnisation du « *lucrum cessans* » et donc du préjudice subi au titre des pertes d'exploitation dont il ne bénéficiera pas à raison du terme anticipé du contrat [1378]. L'autorité concédante peut solliciter l'indemnisation de tous les frais imputables à cette résiliation et plus largement obtenir une indemnité de son concessionnaire sous la forme de dommages et intérêts [1379].

D'autre part, l'autorité concédante ne peut, en raison de la résiliation prononcée aux seuls torts du concessionnaire, bénéficier d'un enrichissement sans cause. Elle doit aussi tenir compte de ses propres fautes dans l'indemnisation sollicitée auprès du délégataire.

1374 *Idem.*

1375 CE, 19 décembre 2012, *Société AB Trans*, préc.

1376 CE, 10 décembre 1982, *Loiselot,* n 22856.

1377 CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, 26611, Rec., 393.

1378 J.-B. VILA, « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », *AJDA*, 1 juin 2015, vol. 18, p. 1051-1058.

1379 CE 17 mars 2004, *Ville d'Aix-en-Provence,* n° 243141, *Contrats Marchés publ.* 2004. Comm. 150, note G. ECKERT

… / …

De manière générale, l'autorité concédante est « *redevable, vis-à-vis de son concessionnaire, de l'enrichissement dont elle bénéficie, notamment d'un point de vue patrimonial, par les missions qu'elle a confiées à ce dernier et pour lesquelles il n'a pu obtenir le remboursement complet avant la résiliation du contrat* » [1380]. Ainsi le concessionnaire fautif peut solliciter le paiement des prestations effectuées, ainsi que la réparation des dommages subis lors de l'exécution du contrat. Il pourra également prétendre, même en cas de déchéance, à une indemnisation couvrant les investissements réalisés [1381]

Il faut toutefois préciser que la déchéance du concessionnaire a connu une trajectoire singulière en droit des concessions. Elle a ceci de particulier que, pendant longtemps, le juge administratif considérait en effet que l'autorité concédante ne pouvait résilier le contrat en cas de faute du concessionnaire que si cette possibilité était prévue par le contrat [1382]. En l'absence d'une telle stipulation [1383], la personne publique devait saisir le juge afin que celui-ci prononce la résiliation [1384]. Toutefois, dans l'hypothèse où le contrat de concession comportait de telles dispositions, il appartiendrait exclusivement à l'administration de résilier celui-ci aux torts de son cocontractant [1385] et la circonstance que l'exploitation de la concession de service public aurait été déficitaire si elle avait été poursuivie jusqu'au terme fixé est à cet égard indifférente [1386].

1380 J.-B. VILA, « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », art cit.

1381 CE, 20 mars 1957, *Société des Établissements thermaux d'Ussat-les-Bains* : Lebon, p. 182.

1382 CE, 8 février 1878, *Pasquet*, préc. ; CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, Rec. CE 1905, p. 55, concl. ROMIEU.

1383 Voir pour exemple : CE, 19 octobre 2001, *Syndicat intercommunal de Guzet-Neige*, *BJCP* 2002, n° 21, p. 115, concl. PIVETEAU, *CP-ACCP* 2002, n° 8, p. 32, note P. LE BOUËDEC.

1384 CE, 21 novembre 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation de la station de sports d'hiver de Peyresourde-Balestas*, n° 01458-089, CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avallon /Sieur Fointiat*, req. n° 71830-75072, Rec. CE 1944, p. 294 ; CE, 25 mars 1991, *Copel*, Rec. CE 1991, p. 1045 ; CE 18 mai 1888, *Raoul c/ Commune de Villers-sur-Mer*, req. n° 65518, Rec. CE p. 455 ; CE 27 février 1924 *Commune de Morzine,* req. n° 71693 : Rec. CE p. 226.

1385 CE, 15 juillet 1881, *Le syndic de la faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen c/ le département de Loir-et-Cher*, req. n° 55533 : Rec. CE p. 715 ; CE, 24 juillet 1903, *Sieur Deplanque*, req. n° 7508 : Rec. CE p. 541 ; CE, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, req. n° 67433 : Rec. CE p. 859 ; Voir aussi : CE, 25 mars 1991, *Copel*, *CJEG* 1993, p. 238, concl. ABRAHAM.

1386 CE, 4 mai 2015, *Société Domaine Porte des neiges*, n° 383208, *JCP A* 2015, act. 444 ; *Contrats-Marchés publ*. 2015, comm. 182, note P. DEVILLERS.

… / …

Cette position jurisprudentielle a sensiblement été innovée avec l'arrêt du Conseil d'État 12 novembre 2015, *Société Le jardin d'acclimatation* [1387] qui neutralise la double spécificité de l'action en déchéance que comportait la concession. En premier lieu, en affirmant que désormais « *en l'absence même de stipulations du contrat lui donnant cette possibilité, le concédant dispose de la faculté de résilier unilatéralement le contrat pour faute et sans indemnité* », le Conseil d'État aligne, la compétence de la déchéance sur celle admise dans les autres contrats administratifs. Par cette jurisprudence, la Haute juridiction a également admis que l'autorité concédante, tout en détenant un pouvoir de résiliation, peut saisir le juge pour qu'il prononce la déchéance du contrat de concession.

L'exercice de la nouvelle compétence de l'autorité concédante pour prononcer la déchéance du concessionnaire en présence ou en l'absence de stipulation contractuelle est soumis au respect d'une procédure spécifique. D'une manière générale la jurisprudence exige qu'une résiliation pour faute ne soit prononcée que pour faute d'une particulière gravité [1388]. La faute contractuelle peut résulter d'une cession du contrat effectuée sans l'autorisation préalable contractuellement prévue [1389] ou la méconnaissance par le titulaire d'une concession d'un établissement de pêche de son obligation contractuelle de l'exploiter et de la baliser [1390] ou encore une modification unilatérale du contrat par le concessionnaire sans accord préalable de la collectivité, en contradiction avec les stipulations contractuelles [1391].

La déchéance ne peut également être prononcée si elle n'est pas précédée d'une mise en demeure [1392]. Elle constitue une exigence fondamentale[1393] qui doit exposer précisément les manquements reprochés au concessionnaire ainsi que la sanction

---

1387 CE, 12 novembre 2015, *Société Le jardin d'acclimatation*, n° 387660 ; *JCP A* 2015, act. 966, obs. L. E. ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 16, note M. UBAUD-BERGERON ; *AJDA* 2015, p. 2172, obs. L. GENTY.

1388 CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, préc ; spécialement les conclusions de ROMIEU. Voir également : CE, 6 juillet 1966, *Société du Théâtre Marigny* : Rec. CE 1966, p. 448 ; CE, 20 janvier 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid* : Rec. CE 1958, p. 29 ; CE, 21 novembre 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation de la station de sport d'hiver de Peyresourde-Balestas*, préc., CE, 17 mars 2004, *Ville d'Aix-en-Provence*, *Contrats-Marchés publ*. 2004, comm. 150, G. ECKERT.

1389 CE, 1er octobre 1958, *Hamiot* : Rec. CE 1958, tables, p. 906.

1390 CE, 28 novembre 1979, *Maingaud* : Rec. CE 1979, tables, p. 734.

1391 CAA Versailles, 22 novembre 2005, *Lerandy*, n° 04VE00671, *BJCP* 2006, p. 151.

1392 J.-M FÉVRIER, « Résiliation d'une délégation de service public et protection procédurale du délégataire », *Contrats et Marchés publics*, 2004, p. étude 11.

1393 CE, 8 février 1999, *Ville de Montélimar*, n° 168535 ; Rec. CE 1999, tables, p. 883.

… / …

encourue si la persistance de ces manquements est contrastée dans un certain délai [1394]. Si la mise en demeure est un élément fondamental du respect des droits de la défense, l'arrêt du 12 novembre 2015 rappelle que son exigence n'est pas absolue dans la mesure où la jurisprudence admet qu'elle puisse être écartée soit par une clause expresse du contrat [1395], soit par la survenance d'une situation d'urgence dispensant l'administration de cette formalité [1396].

À cette reconnaissance d'un pouvoir unilatéral de résiliation de la concession par le concédant, s'ajoutent de nouvelles hypothèses de résiliation posées par la directive européenne relative aux contrats de concession.

B. L'ouverture de nouvelles d'hypothèses facultatives de résiliation unilatérale au service du respect des règles de passation

L'encadrement de la résiliation fait, pour la première fois, une entrée remarquée au niveau européen. En effet, en consacrant un article aux hypothèses de résiliation de concessions, la directive du 26 févier 2014 instaure un socle minimal de règles relatives à la résiliation. Il est permis de retenir de l'article 44 qu'il consacre, avant toute chose, la résiliation du contrat par le pouvoir adjudicateur comme « *la sanction adéquate de l'illégalité, quel que soit le système juridique national* » [1397]. L'ordonnance concessions, tout en l'intégrant en droit national, y apporte de subtiles modifications. On remarquera, de prime abord, que législateur délégué a opté pour un rappel catégoriel des hypothèses de résiliation. Cette technique qui consiste à rappeler le principe adéquat à chaque étape de la vie du contrat de concession durant laquelle il est susceptible d'intervenir permet d'enrichir le régime largement jurisprudentiel de la résiliation.

Concrètement, l'article 43 de l'ordonnance, dans une première hypothèse, rappelle conformément à l'article 44 a) de la directive que l'autorité concédante a la possibilité de résilier le contrat de concession lorsqu'elle constate que le concessionnaire se trouvait, lors de l'attribution du contrat, dans une des situations d'interdiction de soumissionner [1398]. De ce fait, la révélation tardive de la situation d'exclusion du

---

1394 CE, sect., 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de La Seyne*, Rec. CE 1933, p. 508 ; CE, 8 novembre 1985, *Entreprise Ozilou* : *LPA* 14 mars 1986, n° 32, note. Ph. TERNEYRE.

1395 CE, 5 juillet 1967, *Commune de Donville-les-Bains*, Rec. CE 1967, p. 297.

1396 CE, 9 janvier 1957, *Daval*, *AJDA* 1957, II, p. 9, concl. LAURENT.

1397 L. RICHER, « La fin des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 294-297.

1398 Notamment les articles 39, 40 et 42 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

… / …

soumissionnaire, devenu concessionnaire, reste sanctionnable par la résiliation unilatérale. Toutefois, le législateur délégué va au-delà des prescriptions européennes en élargissant le champ d'application de la résiliation au concessionnaire qui, en cours d'exécution serait frappé d'une des hypothèses d'interdiction de soumissionner [1399].

En second lieu, l'article 49 de l'ordonnance donne la possibilité à l'autorité concédante de résilier le contrat de concession « *en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de contrats de concession qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il peut être résilié par l'autorité concédante* ».

Enfin, la résiliation est envisageable par l'autorité concédante lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par ordonnance [1400].

Toutefois, plutôt que de voir dans cet encadrement l'affirmation d'un véritable régime d'exécution des concessions, il est permis de constater que l'innovation introduite par le droit européen dans le cadre de la résiliation poursuit l'objectif de rendre plus effectif le respect du régime de la passation des contrats publics. Plus globalement, il s'agit de permettre aux autorités concédantes de résilier unilatéralement un contrat afin de se conformer à des obligations découlant du droit de l'Union. L'on partage de ce fait l'opinion de Laurent Richer lorsqu'il affirme que « *la question de la fin du contrat n'est dans le champ de la législation européenne que dans la mesure où elle a des rapports avec la préservation de la transparence et de la concurrence* » [1401].

Longtemps prohibée, l'hypothèse d'une résiliation pour faute à l'initiative du concessionnaire fait une entrée remarquée, mais circonstanciée en droit des contrats administratifs.

§ 2. L'ADMISSION CONDITIONNÉE DE LA RÉSILIATION UNILATÉRALE À L'INITIATIVE DU CONCESSIONNAIRE

Érigée parmi les théories du droit des contrats administratifs les mieux acquises, l'interdiction de l'exception d'inexécution qui suppose qu'un cocontractant ne peut

---

1399 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 635.

1400 Article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

1401 L. RICHER, « La fin des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 294-297 ; Voir aussi : M. PERRITAZ et N. RICCI, « Modifications et résiliation des concessions prévues par la directive », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 70-73.

exercer la sanction de résiliation unilatérale à l'encontre de l'administration contractante n'est pas, pour autant, moins critiquée. Sa justification qui prend appui sur les principes nobles des contrats administratifs tels que l'intérêt général et la continuité du service public a, pendant longtemps, imposé le tabou de sa discutabilité (A). En même temps, ses fondements constituent la source principale de la fragilité du principe, dans la mesure son application généralisée est en déphasage avec l'individualisation et la spécialisation des contrats administratifs (B).

A. Le maintien critiqué de la prohibition de l'exception d'inexécution à l'initiative du concessionnaire de service public

Sacralisée par le juge administratif (1), la prohibition de l'exception d'inexécution n'a pas reçu un écho toujours positif auprès de la doctrine, suscitant l'amorce d'une introspection de la politique jurisprudentielle (2).

1. La consécration jurisprudentielle de la prohibition de l'exception d'inexécution

Jean-Paul Piétri rappelle que « *Selon l'un des principes jurisprudentiels les plus anciens du droit des contrats administratifs, le cocontractant d'une personne publique ne peut se prévaloir de l'inexécution par cette dernière de ses obligations pour cesser d'exécuter les siennes* » [1402]. Principe noble en droit civil [1403], l'exception d'inexécution ne trouve pas à s'appliquer en droit des contrats administratifs du fait d'une part, de l'inégalité de principe des rapports entre l'administration et son cocontractant [1404] et d'autre part, par l'objet du contrat en lien avec les nécessités d'intérêt général, conduisant parfois au respect scrupuleux par le cocontractant des principes de fonctionnement du service public [1405]. C'est d'ailleurs pour assurer la continuité du service public que la personne publique contractante peut, notamment, modifier le contrat, mettre en œuvre des

---

1402 J.-P. PIÉTRI, « Clause de résiliation au profit du cocontractant », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2015, vol. 6, p. 20-22.

1403 Le Conseil constitutionnel l'a rappelé, dans sa décision n° 99-419 DC, loi relative au pacte civil de solidarité : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* (...) ».

1404 F. BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », *Droit administratif*, 1 février 2015, vol. 2, p. 23-26.

1405 L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 274.

… / …

sanctions coercitives en se substituant à son cocontractant défaillant ou en lui substituant un tiers et même en prononcer la résiliation [1406].

S'agissant du concessionnaire, en l'absence de l'admission de l'*exceptio non adimpleti contractus* [1407] au bénéfice du cocontractant en droit administratif, l'inexécution du contrat par le celui-ci sera considérée comme une faute contractuelle pouvant entraîner la résiliation à ses torts [1408]. Cette politique jurisprudentielle est également effective même dans l'hypothèse où la personne publique engage sa responsabilité contractuelle. La lecture combinée des arrêts *Ville d'Amiens* [1409] et *Compagnie française câbles télégraphiques* [1410] permet d'appréhender les contours du principe. En premier lieu, comme le mentionne l'arrêt *Ville d'Amiens*, le fait pour le concessionnaire de « *n'avoir pas correctement exécuté* [ses] *obligations contractuelles n'était pas de nature à dispenser* [son cocontractant] *d'exécuter ses propres obligations contractuelles* ». Dans cette circonstance, « *le concessionnaire d'un service public doit, sauf impossibilité, en assurer le fonctionnement et n'est pas en droit d'en suspendre l'exécution à raison des difficultés qui peuvent s'élever entre lui et le pouvoir concédant* ». Deux hypothèses pouvaient cependant conduire à une résiliation unilatérale à l'initiative du concessionnaire. La première possibilité consistait pour le concessionnaire à saisir directement le juge. Toutefois, celui-ci ne prononce pas la résiliation du contrat, mais condamne l'autorité concédante à indemniser le concessionnaire de son préjudice. La seconde possibilité, plus efficiente bien que rare, est relative au cas de force majeure qui doit consister en un évènement imprévisible dans sa survenance, irrésistible dans ses effets et extérieur aux parties [1411]. Il faut rappeler que la force majeure est conçue de manière stricte par la jurisprudence administrative. Lorsqu'il survient, le concessionnaire est légitimement exonéré de ses obligations durant le temps où l'évènement se poursuit.

1406 S. PUGEAULT, « Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous conditions », *Recueil Dalloz Sirey*, 15 janvier 2015, vol. 2, p. 145-151.

1407 « L'exception d'inexécution ». Ph. TERNEYRE, Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs : *Mélanges Labetoulle, Dalloz*, 2007, p. 805.

1408 CE, 7 juin 1929, *Compagnie française câbles télégraphiques* ; Rec., CE 1929, p. 564 ; CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe*, Rec. CE 1952, p. 282 ; CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Rec. CE 1976, p. 11 ; CE, 3 novembre 1982, n° 28567, *Forma*, n° 1982-042409 ; RDP 1983, p. 1424 ; CE, 15 avril 1988, , *Entreprise Hypotra*; n° 52618, *RDP* 1988, p. 1428 ; CAA Bordeaux, 7 mars 2006, *SARL Régie 5*, n° 02BX01110, *Contrats-Marchés publ*. 2006, comm. 171, note W. ZIMMER ; CAA Bordeaux, 29 juillet 2010, *Société de Logistique Grand Sud-Ouest*, n° 10BX00071; *Contrats-Marchés publ*. 2010, comm. 352, note. F. LLORENS.

1409 CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, préc.

1410 CE, 7 juin 1929, *Compagnie française câbles télégraphiques*, préc.

1411 CE 9 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Leb 111, concl. TARDIEU.

Peu à peu, la jurisprudence relative à l'exception d'inexécution a entrepris une mutation, substituant à la politique initiale de prohibition totale une politique d'admission mesurée.

2. L'acceptation doctrinale et jurisprudentielle de l'exception d'inexécution

L'argumentaire qui soutient l'impossibilité pour le cocontractant de l'administration de bénéficier de l'exception d'inexécution ne rencontrait pas l'assentiment général de la doctrine. En effet, l'argument fondé sur l'inégalité de nature entre les parties au contrat administratif n'est pas totalement convaincant dans la mesure où il tend à admettre une supériorité naturelle de la personne publique dans ses rapports avec les personnes privées. Lorsque la personne publique conclut un contrat avec une personne privée pour un intérêt autre que celui de la collectivité, elle est soumise au droit des obligations dont fait partie la règle de l'*exceptio non adimpleti contractus*. En réalité, le statut des cocontractants est sans effet et seule la nature de l'objet et par ricochet la nature juridique du contrat importe. En définitive, c'est la nature de la prestation caractéristique qui est déterminante.

Historiquement, le juge administratif a, de manière systématique, mis en avant une conception extensive de l'objet. Sur ce fondement, l'exception d'inexécution est inapplicable dans tous les contrats administratifs puisque leur conclusion se justifie, d'une manière ou d'une autre par l'intérêt général. Cette position du juge a été également fortement critiquée par la doctrine parce que le juge finissait, par invoquer dans tous les contrats administratifs le motif de la continuité du service public pour accréditer l'impossibilité d'une résiliation unilatérale du concessionnaire [1412]. Pour Jean de Soto, « *lorsqu'il s'agit d'un service qui n'est pas soumis à la loi de continuité […] on ne voit aucune raison valable pour refuser au contractant lésé le bénéfice de l'exception d'inexécution* » [1413]. Dans un article publié en 2007, Philippe Terneyre faisait remarquer à juste que l'argument selon lequel la théorie de l'exception d'inexécution serait de nature à porter atteinte à la continuité du service public est imparfait, étant entendu que certains contrats ne sont administratifs « *que par détermination de la loi […] ou du fait de la présence de clauses exorbitantes de droit commun, excluant alors tout lien direct avec le*

1412 Voir pour exemple : CAA Nancy, 15 mai 2013, n° 12NC00897, *Société Grenke location c/ Commune de Neuville-Saint-Rémy* ; n° 12NC00629, *Commune de Villeneuve-la-Comptal* ; n° 12NC01396, *Ministre de la culture et de la communication*. Chroniquant ces arrêts, Michel WIERNASZ s'était interrogé sur la pertinence de la solution, soulignant notamment que le lien unissant la location de photocopieurs et la continuité du service public assuré par l'administration locataire pouvait se discuter.

1413 J. De SOTO, « Note sous Conseil de Préfecture de la Seine, 24 décembre 1940 », 1942, D., n° 3, p. 111.

… / …

service public » [1414]. Le Conseil d'État a répondu favorablement à ces souhaits par l'arrêt *Société Grenke Location* [1415]. Il adopte une conception de l'exception d'inexécution recentrée sur la notion d'exécution même du service public. Le glissement du champ de neutralisation de l'exception d'inexécution vers la notion d'exécution même du service public est heureux. Il permet un ciblage précis, fondé sur l'applicabilité au contrat des principes de fonctionnement du service public. De ce fait, cette jurisprudence confirme le maintien de cet ancien principe au sein d'une catégorie de contrats administratifs tout en lui apportant un fondement juridique satisfaisant.

Toutefois, l'arrêt *Société Grenke Location*, pensé pour constituer une exception, tend de plus en plus à s'ériger en principe du fait de la novation de la notion de concession pour lequel le service public deviendra progressivement un objet contractuel marginal.

B. La consécration de l'exception d'inexécution dans les concessions hors service public

Par l'arrêt *Société Grenke Location*, la Haute juridiction administrative a posé un nouveau paradigme relatif à la résiliation unilatérale des contrats administratifs à l'initiative du cocontractant de la personne publique. S'inspirant de l'œuvre entamée par la Cour administrative d'appel de Nancy qui a admis qu'une clause du contrat peut prévoir l'exception d'inexécution au bénéfice du cocontractant de l'administration [1416], les juges du Palais Royal ont conditionné le principe de l'admission de l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs au respect de certaines règles et d'une procédure.

La légalisation d'un tel pouvoir doit sans aucun doute résulter de sa contractualisation. En effet, l'exception d'inexécution ne peut être invoquée par la personne privée que si elle a été préalablement prévue par les parties dans le contrat, à l'inverse du pouvoir de résiliation de l'administration pour faute qui peut désormais s'appliquer sans texte [1417]. Cependant, en admettant la licéité d'une clause prévoyant l'exception d'inexécution, le juge administratif manifeste sa résolution « *à accorder une place croissante à la volonté*

1414 Ph. TERNEYRE, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs » dans *Mélanges Labetoulle*, 2007, p. 803.

1415 CE 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n° 370644, *AJDA* 2014. 1975.

1416 CAA Nancy, 14 octobre 2010, *Société European Institute of Management*, n° 09NC01149, *Contrats-Marchés publ*. 2011, comm. 14, note F. LLORENS.

1417 CE, 12 novembre 2015, *Société Le jardin d'acclimatation*, préc.

… / …

des parties dans la détermination de leurs droits et obligations respectifs » [1418]. Le juge administratif aménage également qu'une telle résiliation ne pourra intervenir qu'après mise en demeure de l'administration cocontractante [1419]. Ensuite, la résiliation ne doit rencontrer aucune opposition de l'administration contractante fondée sur un « *motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public* ». Pour Arnaud Sée, « *si la solution est heureuse dans son principe, elle ne permet pas réellement une résiliation unilatérale décidée par le cocontractant de l'Administration, car cette dernière pourra toujours s'y opposer* » [1420].

En tout état de cause, le juge administratif cantonne le champ d'application de l'exception d'inexécution aux contrats dont l'objet ne porte pas sur l'exécution même du service public. Sont de ce fait exclus tous les contrats dont l'objet est d'opérer la dévolution de la gestion d'une mission de service public auxquels s'ajoutent « *tous les contrats qui contribuent effectivement et significativement à l'exécution d'une mission de service public* » [1421]. Cependant, le déverrouillage du critère matériel de la concession invite à remodeler les catégories contractuelles dans lesquelles est maintenue la prohibition de principe de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il s'agit des concessions de service public, la catégorie locale de la délégation de service et les marchés de service public. En définitive, au vu de l'amenuisement du champ matériel de la concession, l'exception d'inexécution, posée comme une exception, est devenue par un concours de circonstances la règle, du moins dans son principe.

1418 F. LLORENS, « De l'exception d'inexécution et de quelques tendances du droit des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, 1 décembre 2014, vol. 12, p. 1-2.

1419 La mise en demeure devient dès lors la procédure obligatoire même si elle n'a pas été prévue par le contrat. Décision dans le sens contraire : CAA Nancy, 14 octobre 2010, *Société European Institute of Management*, préc.

1420 A. SÉE, « La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration », *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 4 décembre 2014, vol. 49, p. 27-29 ; F. BRENET, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », art cit ; U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », art cit ; S. PUGEAULT, « Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous conditions », art cit ; J.-P. PIÉTRI, « Clause de résiliation au profit du cocontractant », art cit.

1421 Pour application aux concessions d'aménagement : CAA Douai, 4 février 2016, *SA d'économie mixte Séquano Aménagement et Communauté d'agglomération creilloise*, n° 15DA01296.

SECTION II.

L'ENCADREMENT DE LA LIQUIDATION DES BIENS ET DES ENGAGEMENTS À L'EXTINCTION DE LA CONCESSION

La question du sort du patrimoine et des engagements fait probablement partie des zones les plus énigmatiques du droit des concessions, mais elle en constitue, en même temps, une des plus fortes originalités [1422]. Situés à la croisée des chemins entre les principes du service public, de ceux de la domanialité publique, de la participation et du financement privés, les biens et les engagements de la concession ont vogué, tantôt entre les sphères rigoureuses de l'exorbitance du droit public [1423], tantôt entre les règles de jouissance que procure le droit du travail et de la propriété [1424]. Cette hybridation juridique continue de produire des effets sur le régime juridique du patrimoine de la concession. Une première approche nous permettra de constater le caractère incomplet du régime des biens des concessions (§ 1). Enfin, une seconde approche nous permettra de mettre en perspective les difficultés relatives au sort des engagements contractuels dans l'hypothèse d'une fin de concession anticipée (§ 2).

§ 1. L'INCOMPLÉTUDE DU RÉGIME DE LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCESSIONS

Le sort des biens a suscité de nombreuses interrogations qui, si elles trouvent une relative accalmie s'agissant du sort des biens dans les concessions ayant pour objet le service public (A), conservent toute leur vigueur quant au sort des biens dans les concessions hors service public (B).

1422 G. MOLLION, « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ? », *AJDA*, 28 février 2011, vol. 7, p. 363-367.

1423 CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société SAGIFA*, req. n° 147602, *RDI* 1997. 418, obs. J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ ; *RFDA* 1997. 935, note E. FATÔME et P. TERNEYRE ; *Dr. adm.* 1997, n° 316, note Ch. LAVIALLE.

1424 Sous l'ancien régime, les mécanismes concessifs reconnaissaient au titulaire un droit de propriété sur les équipements qu'il réalisait. On peut citer l'exemples des canaux, des chemins de fer ou encore le réseau de distribution d'eau. CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de grasse*, 14MA01872.

A. La catégorisation des biens dans les concessions de service public, de travaux et les délégations de service public

La typologie des biens dans les concessions de service public, de travaux ou de délégation de service public (1) sert de réceptacle à la mise en place d'un régime juridique exorbitant protecteur de la continuité du service public (2).

1. L'existence d'une trilogie des biens dans la concession

La justice administrative a entamé, assez précocement, un processus de classification des biens articulé autour du triptyque : biens de retour ; biens de reprise ; biens propres du concessionnaire. C'est cette classification qui a substantiellement été consolidée tant dans l'identification de la nature des biens que de leur régime juridique par l'important arrêt du 21 décembre 2012 *Commune de Douai* [1425].

La catégorie des « biens de retour » est composée de l'ensemble des immeubles et des meubles indispensables affectés à l'exploitation du service public concédé [1426]. L'étude de la jurisprudence atteste qu'en pratique, le juge administratif promeut une approche *in concreto* de la nécessité du bien au regard du service public [1427]. Cette modalité de recherche a conduit le Conseil d'État à admettre que l'absence de stipulations contractuelles relatives au statut d'un bien n'est pas rédhibitoire à la qualification de celui-ci en bien de retour [1428]. Aussi, la destruction d'un bien qui a été indispensable au service public ne saurait lui faire perdre sa nature juridique de bien de retour ; faute de pouvoir faire retour au patrimoine du concédant, il devra alors faire l'objet d'une indemnisation [1429]. Enfin la Haute juridiction administrative a innové sa position sur la perte de la qualité de bien de retour des biens qui, au cours de l'exécution de la concession, ne sont plus considérés comme nécessaires. En effet, « *ces biens [...] font retour à la*

1425 CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai* n° 342788, Leb. p. 477, concl. B. DACOSTA ; *AJDA* 2013. 7 ; *ibid.* 457, chron. X. DOMINO et A. BRETONNEAU ; *ibid.* 724, étude E. FATÔME et P. TERNEYRE ; D. 2013. 252, obs. D. CAPITANT ; *AJCT* 2013. 91, obs. O. DIDRICHE ; *RFDA* 2013. 25, concl. B. DACOSTA ; *ibid.* 513, étude L. JANICOT et J.-F. LAFAIX ; *JCP A* 2013, 2044, comm. J.-S. BODA et P. GUELLIER, 2045, comm. J.-B. VILA ; *BJCP* 2013, n° 87, obs. C. MAUGÜÉ.

1426 CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371234 ; J. DUFAU, *Les concessions de service public*, *op. cit.*, p. 137.

1427 La jurisprudence utilise également les termes indissociable ou nécessaire sans qu'il soit possible d'y voir une gradation entre ces notions.

1428 CE, 5 février 2014, n° 371121, *Sociétés Equalia et Polyxo*, n° 37112.

1429 CE, 26 février 2016, n° 384424, *Syndicat mixte de chauffage urbain de La Défense* (*SICUDEF*).

… / …

personne publique à l'expiration de celle-ci, quand bien même ils ne sont plus alors nécessaires au fonctionnement du service public concédé. »

Les biens de reprise se distinguent des biens de retour par leur caractère non indispensable au fonctionnement du service public ou des travaux. Ils demeurent en revanche utiles à l'exploitation de ce dernier. Ils font l'objet d'une stipulation contractuelle de reprise facultative par le concédant en fin de contrat. S'agissant de leur régime indemnitaire, le Conseil d'État précise que si leur reprise se fait moyennant un prix, « *aucun principe ni aucune règle ne fait obstacle […] à ce que le contrat prévoie également leur retour gratuit à la personne publique au terme de la délégation* » [1430].

Enfin, les biens propres sont « *tous les biens n'ayant le caractère ni de biens de retour ni de biens de reprise* » [1431]. Ils sont constitués des biens « *qui n'ont pas été remis par le concessionnaire au concédant en vue de leur gestion par celui-ci et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public* ». Ils restent, en toute hypothèse, « *la propriété du concessionnaire* », sauf clause contraire du contrat.

Cette catégorisation des biens de la concession permet, au final, de distinguer la catégorie des biens de retour afin de les soumettre à un régime juridique de droit public.

2. L'articulation du régime juridique des biens de retour autour de l'appartenance de principe au concédant

L'identification d'un bien de retour déclenche l'application d'un régime juridique spécifique. Acquis par le concessionnaire lors de l'exécution du contrat, les biens de retour doivent, selon une jurisprudence établie, être regardés comme appartenant *ab initio*, au concédant [1432]. Les biens de retour se distinguent dès lors essentiellement par le fait qu'ils font obligatoirement retour au concédant en fin de concession [1433], même dans

---

1430 CE, Ass., 21 décembre, 2012, *Commune de Douai*, préc.

1431 J.-S. BODA et M.-H. PACHEN-LEFÈVRE, « Les biens de retour et l'intérêt du service public », *La Gazette*, avril 2015, p. 42-44.

1432 CE, 9 décembre 1898, *Compagnie du Gaz de Castelsarrazin* : Rec. CE 1898, p. 782 ; CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, préc. : « *Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux 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* ».

1433 CE, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, S. 1891. III. 82 ; CE 12 novembre 1897, *Société nouvelle du casino municipal de Nice*, Lebon 685 ; CE, 25 mai 1906, *Ministre du Commerce c/ Compagnie*

… / …

l'hypothèse d'une contestation de la validité du contrat [1434]. Mais le concessionnaire dispose sur ces biens d'un droit de « jouissance exclusive » pendant la durée du contrat [1435].

Plus innovante est la possibilité que confère la jurisprudence *Commune de Douai* aux parties de prévoir une appropriation privative temporaire durant l'exécution du contrat de certains biens de retour qui ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique [1436]. Ces biens font également nécessairement retour dans la propriété publique à l'extinction de la concession [1437]. Les raisons de cet assouplissement découlent de la nécessité pour la personne publique concédante de faciliter la « *bancabilité* » du projet concessif, dans la mesure où, les prêteurs pourraient prendre de sûreté réelle sur les actifs « physiques » du projet dont le concessionnaire est propriétaire ou jouit de droits réels [1438]. Cependant, le droit de propriété temporaire des biens de retour qui ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique est encadré. Outre le caractère temporaire de cette appropriation, le contrat doit comporter des garanties assurant la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à toute cession des biens en cause.

---

des Chemins de fer d'Orléans : S. 1908, III, p. 65, M. HAURIOU ; CE 16 novembre 1988, *Commune d'Arcachon*, req. n° 60584, Leb. T. 823.

1434 CE 24 février 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre*, req. n° 31581, Leb ; 87 ; CE 9 décembre 1988, *Société Les téléphériques du massif du Mont-Blan*c, req. n° 92211, Lebon 438 ; *AJDA* 1989. 272, obs. X. PRÉTOT ; sur le principe, voir : J. DUFAU, *Les concessions de service public*, préc., p. 138 ; sur le retour obligatoire, CE 28 mars 1928, *Société L'énergie électrique de la Basse-Isère*, S. 1928. 3. 110 ; CE 24 janvier 1934, *Société Ouenza*, DP 1936. 3. 56, note Ch. BLAEVOËT.

1435 CE, 25 mai 1906, *Chemin de fer d'Orléans* : Leb., p. 766 ; Cass. 1er civ., 3 mars 2010, n° 08-21311, *GRDF*.

1436 CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, préc. : « *... que le contrat qui accorde au délégataire ou 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 délégation* ».

1437 Pour une illustration s'agissant du sort réservé à un terrain acquis par le concessionnaire nécessaire au fonctionnement du service public, voir : CE, 26 février 2016, n° 384424, *Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense*.

1438 Pour le Rapporteur public B. DACOSTA : « *reconnaître un droit de propriété au concessionnaire sur les ouvrages de la concession, c'est permettre à celui-ci de mobiliser des techniques de financement plus avantageuses, impliquant, de la part du financeur, la prise de sûretés sur le bien* ». B. DACOSTA, Quel est le statut des biens dans une DSP ? conclusion sur arrêt CE, Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai*.

… / …

Enfin, les biens indispensables à l'exploitation du service concédé font, en principe, « *retour* » en fin de concession gratuitement [1439]. Toutefois, le principe de gratuité des biens de retour « *n'est pas un dogme inébranlable* » [1440]. Une dérogation à ce principe de gratuité existe en cas de résiliation anticipée du contrat, ou si un bien n'a pas été complètement amorti à l'issue du contrat. Le principe de gratuité ne s'applique pas également lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il les a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci [1441].

Pour autant, l'on ne peut éluder le recentrage du champ d'application matériel des biens de retour. En vertu des nouvelles dispositions, la théorie des biens de retour devrait s'appliquer aux concessions de service public mais aussi, au plan local, à la catégorie des délégations de service public. S'impose naturellement la recherche d'un nouveau modèle de résolution du sort des biens dans les concessions hors service public. Toutefois, il semble opportun, au nom de la cohérence jurisprudentielle, d'élargir le champ matériel de la théorie des biens de retour à l'ensemble de la nouvelle catégorie des concessions. Ceci pourra s'opérer grâce, notamment, à une mise à jour des fondements de la théorie.

B. La nécessaire contractualisation du sort des biens de concession hors service public

L'analyse des contrats de concession ayant pour objet l'exploitation du service public par le prisme des biens est illustrative des efforts jurisprudentiels fournis pour maintenir la cohérence de la notion de service public et le respect des principes de fonctionnement de cette dernière. De ce fait, il est permis de s'interroger sur celui, encore inexistant, des concessions de services hors service public. D'emblée, l'attachement de la théorie des biens de retour à la notion de service public peut laisser penser à une incompatibilité de principe avec la concession dont l'activité n'est pas une exploitation de service public (1). Toutefois, il semble possible d'étendre le régime des biens à l'ensemble des concessions en faisant appel à la contractualisation (2).

1439 CE 12 novembre 1897, *Casino municipal de Nice*, DP 1899. 3. 6 ; CE, 9 novembre 1895, *Ville de Paris*, Rec., p. 142 ; CE 28 mars 1928, *Société L'énergie électrique de la Basse-Isère*, préc. ; CE 18 mars 1988, *Société civile des Néo-Polders*, req. n° 69723, Leb. 129 ; *AJDA* 1988. 549, obs. AUBY ; CE, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234, *AJDA* 2006. 1371, étude N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT ; *EDCE* 2006. 197 ; *BJCP* 2006. 109 et suiv., note R. SCHWARTZ et obs. Ph. TERNEYRE et 327, comm. J.-F. SESTIER ; *Contrats Marchés publ*. 2006, étude 19, H. HOEPFFNER.

1440 G. MOLLION, « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ? », art cit.

1441 CAA Lyon 28 février 2013, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, req. n° 12LY01332.

… / …

1. L'attachement jurisprudentiel à la consubstantialité entre biens de retour et exploitation de service public

La théorie des biens de retour, précoce dans la jurisprudence administrative, découle du sentiment acquis par le juge que l'activité de service public dont la gestion est transférée doit nécessairement survivre à la fin du contrat. En effet, sauf dans le cas de suppression du service public, la fin du contrat ne signifie pas la fin du service [1442]. Achille Mestre systématisait déjà cette logique lorsqu'il affirmait en 1929 que « *le but essentiel de la concession, c'est de doter la collectivité, sans appel à l'emprunt ou à l'impôt, d'ouvrages d'utilité publique, prêts à fonctionner. Le droit de retour n'est que le moyen juridique par lequel cet objectif sera un jour atteint* » [1443].

De cette posture, résulte la constance de la consubstantialité entre bien de retour et service public. Le juge administratif a toujours fait du service public, le bastion des biens de retour [1444]. En effet, dans son arrêt du 21 avril 1997, *Ministre du Budget c/ SAGIFA*, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel « *l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public n'est pas incompatible avec l'aliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins de service public le domaine est affecté* » [1445]

Ce faisant, le Conseil d'État a neutralisé le critère de la propriété publique en érigeant, à sa place, l'affectation du bien « *comme puissant critère d'identification du bien de retour* » [1446]. Malgré la critique d'une partie de la doctrine, la Haute juridiction a confirmé à plusieurs reprises qu'une délégation de service public ne peut prévoir l'appropriation privative des biens nécessaires au fonctionnement du service, hormis le cas du bail emphytéotique administratif ou du crédit-bail [1447]. C'est, *in fine*, le maintien de la

---

1442 L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », art cit.

1443 A. MESTRE, note sous CE 1er mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, S. 1929. 76.

1444 G. MOLLION, « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ? », art cit.

1445 CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget* c/ *Société SAGIFA*, req. n° 147602, *RDI* 1997. 418, obs. J.-B. AUBY et C. MAUGÜÉ ; *RFDA* 1997. 935, note E. FATÔME et P. TERNEYRE ; Dr. adm. 1997, n° 316, note Ch. LAVIALLE.

1446 G. MOLLION, « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ? », art cit.

1447 CE, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234, préc. Voir également : CE, 23 juillet 2010, *Mme Montravers, Société ès qual. de Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n° 320188, *Contrats Marchés publ.* 2010, comm. 350 ; *Dr. adm.* nov. 2010, comm. F. BRENET ; CE, 5 mai 2010, *Bernard*, req. n° 301420, *AJDA* 2010. 982 ; *Contrats Marchés publ*. 2010, comm. 260, obs. G. ECKERT.

… / …

consubstantialité entre service public et biens de retour qui a conduit le juge a renforcé la "domanialité publique" de ces derniers [1448].

La logique empruntée par l'arrêt *Commune de Douai* renforce sensiblement cet attachement de la notion de biens de retour à la continuité du service public puisque les biens appartenant au concessionnaire et nécessaires au fonctionnement du service sont soumis au principe du retour gratuit à l'extinction du contrat.

Ce lien systématique des biens de retour à la notion service public peut, de prime abord, laisser supposer une incompatibilité avec la concession n'ayant pas pour objet le service public, et ce, d'autant plus que la jurisprudence ne donne pas d'exemples d'une exportation de la notion de biens de retour en dehors du service public. Bien au contraire, l'analyse de la jurisprudence révèle que c'est le service public qui est attractif de la notion de bien de retour sans que le mécanisme contractuel utilisé en limite la force [1449].

Il n'en demeure pas moins que le régime actuel du sort des biens dans la concession de service public est exportable à la concession au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

2. La compatibilité de la théorie des biens de retour avec la concession hors service public

Certains éléments permettent de conforter l'idée de l'applicabilité de la théorie des biens de retour aux concessions de services.

Il est acquis que la logique concessive dont l'objet porte sur un service public sous-tend, quel que soit le type de contrats [1450], la continuité du service à l'extinction du contrat. Si elle est automatique au service public, elle ne lui est pas exclusive. L'administration concédante peut décider, à l'expiration d'un contrat de concession n'ayant pas pour objet un service public, de pérenniser l'activité concédée. Dans cette circonstance, nous semble-t-il, l'application de la théorie des biens et plus particulièrement des biens de

---

1448 J.-F. SESTIER, « Retour sur la question des biens de retour » : *BJCP* 2006, p. 327 : « Désormais, la qualification de bien de retour dépend toujours de la nécessité du bien pour le fonctionnement du service public. Mais en pareil cas, ce bien doit obligatoirement être considéré comme un bien de retour, ce qui revient à imposer sa propriété publique pendant l'exécution du contrat, et non pas en fin de contrat seulement »

1449 Le juge a, dans une vielle jurisprudence, admis la qualification de bien de retour en dehors de la concession : CE, 4 octobre 1978, *Société marseillaise de crédit*, 03471.

1450 Nous prenons ici l'exemple du contrat de partenariat dont l'article 5 du décret du 27 octobre 2004 disposait que : « *Lorsque le contrat de partenariat emporte occupation du domaine public de l'État, les conditions de cette occupation sont déterminées selon les mêmes modalités que pour une concession de service public.* »

retour peut s'appliquer. Les biens nécessaires au fonctionnement du service doivent faire retour à l'expiration du contrat dans les mêmes termes que dans la concession de service public. Aussi, la liberté contractuelle instituée par l'arrêt *Commune de Douai* quant à la résolution du sort des biens pendant l'exécution du contrat n'est pas non plus incompatible avec la concession de services.

Enfin, l'adaptation du régime des biens de retour à la fin de la concession nécessite également une novation de son fondement. Désormais, appliquée à l'ensemble des concessions, la théorie des biens de retour ne peut trouver une justification dans la continuité du service public, mais plutôt dans l'équilibre financier. Cette théorie peut constituer le socle d'un droit commun du sort des biens en fin de concession. Ce droit commun, s'agissant du service public, connaîtra un renforcement au nom du principe de la continuité du service public.

Le sort à la fin du contrat des relations contractuelles nouées par le partenaire de la personne publique obéit quant à lui à un régime singulier.

§ 2. Le sort des engagements du concessionnaire dans l'hypothèse de la fin anticipée de la concession

La concession, en tant que contrat global, se voit agréger autour de son noyau contractuel d'origine une diversité d'autres contrats. Le concessionnaire contracte des engagements pour les besoins de l'activité qui lui est confiée. C'est le cas de la sous-traitance qui est désormais encadrée au niveau européen [1451]. C'est donc tout naturellement que la question du sort des engagements conclus par le concessionnaire avec les fournisseurs, prestataires et les usagers se pose lorsque le contrat « de tête » arrive à terme. Il résulte de l'analyse de la question que si le principe de substitution a été accepté comme mécanisme de sauvegarde des engagements (A), son élévation au rang de principe des « contrats de service public » applicable sans texte a été récente (B).

A. La « substitution » comme technique de sauvegarde des engagements

Largement connue et acquise par la pratique contractuelle qui l'identifie improprement sous le vocable de « subrogation », la substitution, c'est-à-dire la transmission active et passive d'une universalité de droits et d'obligations à un nouveau titulaire a régulièrement connu des turbulences quant à sa légalité. Si le principe de la substitution des contrats

1451 Article 42 de la directive concessions.

d'engagement du personnel a été précocement acté et légalisé (1), celui de l'insertion d'une clause contractuelle de reprise des sous-contrats par la personne publique dans l'hypothèse d'une fin anticipée de la concession a fait, quant à lui, l'objet d'incertitudes (2).

1. La légalité affirmée de la reprise des contrats d'engagement du personnel

L'analyse de la pratique contractuelle dans les contrats globaux permet de constater qu'il est habituel de prévoir un mécanisme de reprise des engagements par l'autorité concédante dont l'intensité et la légalité semblent être fonction de la nature de l'engagement.

Concernant les contrats d'engagement du personnel, leur reprise par l'autorité concédante est d'ordre public et ne souffre d'aucun manque de légalité puisque le sort de ces contrats est réglé par l'article L. 1224-1 du Code du travail selon le principe de la continuité du contrat de travail dans le cas de modification de la situation juridique de l'employeur [1452]. Cette constance de la règle n'a toutefois pas dissipé la question relative à la juridiction compétente lorsque naît un contentieux entre le personnel d'un service public à caractère administratif repris en régie par une personne publique. La Cour de cassation a consacré l'inapplicabilité de l'article L. 1224-1 dès lors que le service public transféré avait acquis un caractère administratif [1453]. Cette approche a ensuite été remise en cause par le Tribunal des conflits qui a jugé dans un arrêt du 19 janvier 2004 que la reprise « *n'a pas pour effet de transformer la nature juridique des contrats de travail en cause, qui demeurent des contrats de droit privé tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public* » [1454]. Le juge répartiteur de compétences a axé son argumentation autour de la notion d' « entité économique » au sens du Code du travail : en cas de reprise par une personne de droit public d'une « entité économique » s'analysant comme un service public administratif, cette personne devait maintenir les contrats de travail [1455].

1452 CAA Toulouse, 2 octobre 1998, *CGE* : Dr. adm. 1998, comm. 336. ; T. confl., 15 mars 1999, *Faulcon* ; n° 3097, *Dr. adm*. 1999, comm. 215.

1453 Cass. soc., 7 octobre 1992, *Lazareff*, n° 89-45.712, *Dr. adm*. 1993 comm. 18.

1454 T. confl., 19 janvier 2004, *Devun et a. c/ Commune Saint-Chamond*, *Contrats-Marchés publ*. 2004, comm. 75 ; *JCP A* 2004, 1094, note TAILLEFAIT ; *JCP A* 2004, 1238, note ROUAULT ; *Cah. jur. entr. publ*. 2004, n° 607, p. 120, rapp. DUPLAT, note XAVIER GIRARDOT ; *RFDA* 2004, p. 1029 ; *AJDA* 2004, p. 432, chron. DONNAT et CASAS.

1455 T. confl., 21 juin 2004, *Commune de Saint-Léger-sur-Roanne* ; n° 3415, *Contrats-Marchés publ*. 2004 comm. 208 ; T. confl., 29 décembre 2004, *Durand c/ CH régional Metz-Thionville*, n° 3435, *RFDA* 2005,

… / …

La logique fonctionnelle adoptée par le Tribunal des conflits balaie selon un auteur « *la distinction entre service public industriel et commercial et service public administratif et* [évacue] *la jurisprudence Berkani* » [1456]. Pour aplanir les incertitudes que fait planer la position du Tribunal des conflits sur l'exorbitance du droit administratif, les juges du Palais Royal ont jugé quant à eux que la personne publique qui avait repris la gestion d'un service public administratif pouvait ultérieurement choisir, soit de maintenir les contrats de droit privé du personnel, soit de proposer la signature de contrats de droit public [1457]. Le législateur interviendra par l'article 20 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, inséré à l'article L. 1224-3 du Code de travail pour cristalliser le régime de la reprise du personnel par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif [1458].

Du reste, l'état du droit qui résulte de la formulation de l'article L. 1224-3 du Code de travail est compatible avec les nouvelles dispositions nationales et européennes visant à encadrer le droit de la concession.

Le décalage entre d'une part, la pratique contractuelle consistant à insérer des clauses de sécurisation des engagements globaux pris l'ancien concessionnaire vis-à-vis des prestataires, fournisseurs ainsi que des usagers et d'autre part, l'état du droit désuet sur la question, a entretenu, jusqu'à une période récente, un flou sur la légalité de ces stipulations contractuelles.

2. La légalité discutée de la clause « subrogatoire »

Si la pratique contractuelle apporte bon nombre d'exemples de l'existence de mécanismes de « subrogation » par la personne publique des droits et obligations de son ancien concessionnaire, « *ni la jurisprudence ni la doctrine […] n'ont tranché la*

---

p. 431 ; CE, 4 avril 2005, *Commune de Reichshoffen*, n° 258543, *Dr. adm*. 2005, comm. 91 ; T. confl., 14 février 2005, *Adler c/ Commune de Théoule-sur-Mer*, n° 3441.

1456 G. CLAMOUR, « Plaidoyer pour l'arrêt Lamblin », *RFDA*, 1 novembre 2005, vol. 6, p. 1205-1212.

1457 CE, sect., 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, Dr. adm. 2005, comm. 9 ; *Dr. adm*. 2005, comm. 20, note E.G. ; *Dr. adm.* 2005, étude 14, par G. GLÉNARD ; *RFDA* 2004, p. 1231 ; *Ibid.*

1458 Article L. 1224-3 : « *Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires* ».

… / …

problématique afférente à la légalité des clauses de reprise des sous-contrats »[1459]. La question de la légalité de la clause de reprise des engagements de l'ancien concessionnaire par la personne publique a pendant longtemps clivé la doctrine.

Des auteurs, l'instar des rédacteurs du *Traité des contrats administratifs*, ont considéré conformément à une opinion ancienne que la clause « subrogation » n'est légale que si elle se limite à la reprise des contrats dont les droits et obligations sont intimement liés à l'exécution même du service public[1460]. Cette conception restrictive de la clause « subrogatoire » a également trouvé un écho favorable auprès des auteurs contemporains[1461] qui estiment que pour « *des contrats que la collectivité n'aurait pu conclure elle-même que dans le respect d'une procédure qui ne s'impose pas au délégataire, le transfert de ce contrat ne paraît pas possible* »[1462]. Toutefois, la pratique de la contractualisation de la reprise des contrats par la personne publique a souffert d'un manque de légitimité jurisprudentielle du fait d'un contentieux rare.

Il était permis, nonobstant la stabilité de la pratique, de douter également de la légalité de la stipulation contractuelle autorisant la personne publique à se substituer à son ancien concessionnaire dans tous les droits et obligations dans la mesure où elle conduisait à minorer la force du sacro-saint principe de l'effet relatif des contrats. Celui-ci postule qu'un contrat ne crée de droits et d'obligations qu'au profit et à l'encontre de ceux qui y sont parties[1463]. L'effet relatif du contrat comporte cependant de notables exceptions qui irradient, au nom des exigences inhérentes au service public, la thématique du sort des engagements.

Il est néanmoins possible, en se fondant sur d'anciennes décisions, de constater qu'à défaut d'accorder une légalité « globale » à la clause « subrogatoire », le juge administratif l'a consacré comme « principe du droit des concessions »[1464]. En effet, le Conseil d'État avait esquissé, dans l'entre-deux-guerres, un régime de la reprise des contrats par la personne publique lors du « rachat de concessions » qui s'articulait autour

---

1459 V. de SIGOYER, « La reprise des sous-contrats dans les contrats globaux », *Droit administratif*, 1 décembre 2013, vol. 12, p. 55-56.

1460 A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, Traité des contrats administratifs, Paris, France, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, vol. 2/, no 1505 « *La collectivité concédante ou affermante se trouve normalement subrogée aux droits et obligations du concessionnaire*. »

1461 H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 441.

1462 L. RICHER, « Délégation de service public « : *Le Moniteur*, Mise à jour n° 12, juin 2013, VI.220.2.1.

1463 Le principe de l'effet relatif des contrats est posé aux articles 1199 du Code civil.

1464 L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », art cit.

… / …

du principe de continuité du service public [1465]. Ce régime jurisprudentiel a été étendu à la catégorie des délégations de service public forgé par la loi du 29 janvier 1993, sans que la jurisprudence contemporaine n'en confirme le principe. La pratique quant à elle s'en est totalement appropriée en tant que mécanisme résolutoire du sort des engagements contractuels périphériques aux concessions de service public ou d'outillage public. On se reportera utilement à cet égard aux concessions de l'autoroute A150 dont l'article 37.3 du cahier des charges approuvé par le décret n° 2011-2011 du 28 décembre 2011 stipule : « *À compter de la date de résiliation, le concédant se substitue au concessionnaire, sauf en ce qui concerne les contrats portant sur le financement, pour l'exécution des engagements pris par le concessionnaire dans les conditions normales en vue de l'exécution du contrat de concession* » [1466]. La sécurisation jurisprudentielle de ce mécanisme ne s'est finalement opérée que par le truchement de l'arrêt *Propriano* du Conseil d'État en date du 12 décembre 2014.

B. L'admission encadrée du principe général de substitution des engagements

La recevabilité en droit administratif du principe de la reprise par la personne publique des engagements contractés par son ancien cocontractant a, à la fois, pour fondement et limite la continuité et le bon fonctionnement du service public. De ce fait, dans un premier temps, cette admission consacre, à côté des principes généraux applicables aux contrats administratifs, un principe sectoriel limité aux contrats de service public (1). Dans un second temps, cette consécration ne perturbe pas la nomenclature des compétences juridictionnelles, étant entendu que le juge judiciaire devra connaître du contentieux qui résulterait de la reprise des engagements (2).

1. La consécration d'un principe général applicable aux contrats de service public

Par sa décision du 12 décembre 2014, *Propriano* [1467], le Conseil d'État confirme l'existence d'une obligation générale de substitution de la personne publique dans les engagements de son cocontractant au terme d'un contrat portant sur l'exécution d'un

---

1465 CE, 16 juin 1922, *Compagnie générale des eaux c/ Min. Marine et Ville de Toulon* : Rec. CE 1922, p. 521 ; CE, 24 mars 1926, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de Lyon* : Rec. CE 1926, p. 327. Voir aussi CE, avis, 27 octobre 1977, n° 320964 : *EDCE* 1977, n° 29, p. 240.

1466 Voir également l'article 84 du cahier des charges de la concession « Notre-Dame-des-Landes » approuvé par le décret n° 2010-1699 du 20 décembre 2010.

1467 CE, sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano* ; *BJCP* 2014, p. 75, concl. B. DACOSTA ; *Dr. adm.* 2015, comm. 20, note BRENET ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 46, note G. ECKERT.

service public. Cette confirmation s'est accompagnée d'une actualisation des conditions de sa réalisation ainsi que des hypothèses dans lesquelles l'administration serait exonérée vis-à-vis de l'obligation de substitution.

Le Conseil d'État a, dans un premier temps, posé le principe de la substitution de plein droit de la « *personne publique à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers du service ou d'autres tiers pour l'exécution même du service* » [1468], sauf dispositions législatives contraires [1469]. Ce faisant, la Haute juridiction administrative confirme l'hypothèse émise par la doctrine de l'existence d'un « *principe général du droit des concessions selon lequel les droits et obligations liés étroitement à l'exécution du service se transmettent, sauf clause contraire* » [1470]. Elle fonde le principe sur l'obligation de la personne publique « *de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement* » [1471]. Il est également possible d'affirmer qu'au-delà de la continuité du service public, la reprise des engagements de l'ancien concessionnaire poursuit l'objectif tout aussi noble que constitue l'exigence de stabilité dans les relations contractuelles. Pour le professeur François Brenet : « *il serait tout de même assez injuste, et tout à fait contraire à l'exigence de stabilité des relations contractuelles, de faire supporter à l'usager du service public et aux autres tiers les conséquences de la résiliation du contrat de délégation de service public par la personne publique* » [1472]. Une fois actée, la substitution emporte des conséquences juridiques dont la plus illustrative est la survivance de « *l'universalité des droits et obligations du sous-contrat* » [1473] normalement pris. En cela, le procédé peut se confondre avec celui de la cession automatique de contrat [1474] en ce sens qu'il fait « *peser sur la personne publique délégante*

1468 Considérant 2, CE, sect., 19 décembre 2014, *Commune de Propriano*.

1469 C'est le cas des dispositions législatives applicables notamment en matière de transfert de contrat de travail. Voir paragraphe précédent.

1470 L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », art cit, p. 648, spéc. p. 651.

1471 Voir : CE, 5 février 2014, n° 371121, *Sociétés Equalia et Polyxo*, *AJDA*, 2014, p. 1397.

1472 F. BRENET, « Substitution de plein droit de la personne publique dans les contrats passés par le cocontractant avec les usagers et les autres tiers pour l'exécution même du service public », *Droit administratif*, 1 mars 2015, vol. 3, p. 26-29 ; J.-S. BODA et P.-A. ROHAN, « L'incidence de la résiliation des contrats portant transfert du service public sur les sous-contrats », *JCP A*, 30 mars 2015, vol. 13, p. 20-23.

1473 L. RICHER, « La fin de la convention de délégation de service public », art cit ; J.-S. BODA et P.-A. ROHAN, « L'incidence de la résiliation des contrats portant transfert du service public sur les sous-contrats », art cit.

1474 CE, avis, 8 juin 2000, n° 364803 : *Dr. adm*. 2008, comm. 132, préc.

… / …

l'exécution des engagements pris par son délégataire envers les usagers du service public […] sans modification des termes du contrat » [1475].

La condition historique [1476] d'un lien entre les contrats et l'activité principale du contrat de « tête » se trouve confirmée. Elle se fonde, tout d'abord, sur une discrimination matérielle. Elle ne s'applique que si le contrat principal porte exécution d'un service public et que si le contrat conclu par la personne privée se rapporte à cette exécution. La personne publique ne sera, de ce fait, concernée que par la reprise des engagements pris par son cocontractant que si ce dernier est soit, pour les contrats conclus après le 1er avril 2016 concessionnaire de service public ou délégation de service public au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016, soit délégataire de service public au sens de la loi Sapin du 29 janvier 1993 ou bien est titulaire d'un marché public de service public pour les contrats conclus avant le 1er avril 2016.

Le juge affine dans un second mouvement son raisonnement en ne faisant jouer la substitution qu'en faveur des contrats passés pour l'exécution même du service public, excluant, de ce fait, la légalité de la substitution des engagements anormalement pris. Cette sous-condition conduit à exclure de la reprise par la personne publique les contrats conclus par le délégataire/concessionnaire de service public pour répondre à ses besoins propres [1477]. Toutefois, cette limite n'est que relative dans la mesure où l'illégalité de principe de la substitution des engagements anormalement pris est neutralisée si la personne publique a donné son accord à la conclusion de ces engagements. Pour déterminer cette catégorie exclue de la substitution de plein droit, le Conseil d'État a recours, dans la décision *Propriano*, à une notion particulière, celle « d'interprétation raisonnable du contrat ».

Enfin, dans l'optique de protéger les intérêts pécuniaires de la personne publique, le Conseil d'État précise que la substitution de plein droit en indiquant que celle-ci n'emporte pas transfert rétroactif des créances et des dettes échues et non encore honorées, lesquelles seront vraisemblablement prises en charge indirectement au titre de l'indemnité de résiliation versée au cocontractant évincé.

En définitive, sans aller jusqu'à reconnaître l'existence d'un principe général du droit, la jurisprudence administrative a consacré à travers la substitution de plein droit un

---

1475 F. BRENET, « Substitution de plein droit de la personne publique dans les contrats passés par le cocontractant avec les usagers et les autres tiers pour l'exécution même du service public », art cit.

1476 Voir en ce sens : CE, 16 juin 1922, *Compagnie générale des eaux c/ Ministre de la Marine et Ville de Toulon*, préc.

1477 CE, 9 juillet 1975, *Sieur Félix-Faure*, Rec. CE 1975, p. 411.

principe sectoriel applicable sans texte aux contrats portant transfert d'une activité de service public. Elle n'emporte cependant, finalement, que peu de conséquences sur la question de la compétence qui reste de principe celle de la juridiction judiciaire.

2. La généralisation du droit privé dans la résolution du sort des engagements dans les concessions de services

L'encadrement jurisprudentiel du sort des engagements pris par l'ancien concessionnaire de service public conduit à se questionner sur le régime applicable aux concessions de services au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016. Trois éléments attirent de fait l'attention.

Primo, la tendance vers une raréfaction des litiges relatifs aux sous-contrats devant le juge administratif va sensiblement s'accroitre dans le cas des concessions de services. L'hypothèse que soit remplie la condition organique, c'est-à-dire la présence d'une personne publique dans le sous-contrat, n'est pas évidente sauf si le délégataire est une personne publique. Dans le même sillage, la disparition de la jurisprudence « *Peyrot* » [1478] ainsi que la politique jurisprudentielle qui consiste à recentrer la notion de contrat administratif autour de la présence d'une personne publique [1479] semblent exclure la compétence du juge administratif par le truchement de l'unique présence du critère organique. Le contentieux du sort des engagements pris par l'ancien concessionnaire relèvera dans la plupart des hypothèses de la compétence du juge judiciaire.

Secundo, la raréfaction du contentieux n'empêche pas d'esquisser un régime empirique du sort des engagements pris l'ancien concessionnaire d'un service et, ce d'autant plus que le juge administratif peut être amené à connaître du litige du fait de l'effet attractif des ouvrages publics ou que le sous-contrat permet l'occupation du domaine public. Le mécanisme juridique étant similaire à la concession ayant pour objet l'exploitation du service public, il semble admis de faire appel « *au standard jurisprudentiel de l'interprétation raisonnable* » [1480] du contrat. De ce fait, seuls pourraient jouir d'une reprise par la personne publique les engagements normalement pris, c'est-à-dire « *des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service [...] permettrait de prendre au regard de leur objet, de leurs*

1478 T. confl., 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société Autoroutes du sud de la France*, préc.

1479 T. confl., 6 juin 2014, n° 3944, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* c/ *Société Séchaud-Bossuyt et autres*, préc.

1480 F. BRENET, « Substitution de plein droit de la personne publique dans les contrats passés par le cocontractant avec les usagers et les autres tiers pour l'exécution même du service public », art. cit.

conditions d'exécution ou de leur durée ». Toutefois, cette substitution n'est qu'une faculté au profit de la personne publique qui souhaite préserver la continuité du service.

Tertio, traditionnellement, il reviendra aux parties de contractualiser le sort des engagements. L'arrêt *Commune de Propriano* « *témoigne du puissant mouvement qui conduit le juge, depuis quelque temps, à accorder une place de plus en plus importante à la volonté des parties dans la détermination de leurs droits et obligations* » [1481]. Cette quête de sécurité juridique peut s'élargir, comme le propose un auteur, aux financeurs afin de les protéger contre le risque juridique d'une fin anticipée, de sorte à faciliter le financement des concessions [1482]. L'article 56 de l'ordonnance vise également à contenir les implications financières de la fis anticipée des concessions.

1481 *Ibid.*

1482 L. RICHER, « La fin des contrats », art cit.

Conclusion du titre II

Sans introduire de bouleversements fondamentaux, la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession et l'ordonnance du 29 janvier 2016 relatif aux contrats ont, de manière complémentaire, actualisé le cadre temporel et matériel de l'exécution des concessions.

Une première actualisation a consisté en la codification de la jurisprudence de la Cour de justice sur la modification du contrat de concession. Toutefois, le législateur européen s'est démarqué de la jurisprudence de la Cour de justice en accordant une place beaucoup plus importante à la volonté des parties dans les hypothèses de modification du contrat de concession.

Une deuxième actualisation a conduit à encadrer la temporalité de la concession en posant le principe de la limitation de la durée des concessions. Les textes prévoient cependant la possibilité de déroger à cette règle en fonction des contraintes relatives à l'amortissement des investissements mis à la charge du concessionnaire.

Plus encore, l'ordonnance « concessions » apporte plus de sécurité juridique dans les cas de changement du titulaire de la concession. Avec pragmatisme, le nouveau cadre juridique permet une participation beaucoup plus accrue des tiers à l'exécution du contrat de concession sans que l'exigence de son exécution personnelle n'en constitue un obstacle.

Quant au régime de la fin des concessions, il continue de mobiliser des notions spécifiques qui restent actuelles : biens de retour et biens de reprise, déchéance, rachat stricto sensu et résiliation du contrat… L'analyse de la phase d'extinction des contrats de concession montre qu'elle reste, pour l'essentiel, encadrée par les règles jurisprudentielles initialement créées à destination de la concession de service public.

Il est toutefois permis de constater l'emprise progressive et inéluctable du droit européen et, dans une moindre mesure, du droit privé sur cette phase de la vie de ce contrat, aboutissant de ce fait à un remodelage du régime juridique du modèle français de la concession.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

L'ordonnance du 29 janvier 2016 transposant la directive du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession inaugure un nouveau cadre juridique commun à l'ensemble des concessions en mettant fin à l'ancienne dualité de régime entre les concessions de travaux, réglementées *a minima* par la directive n° 2004/18/CE, et les concessions de services, soumises aux seuls principes des Traités. Ces nouvelles dispositions placent la passation des contrats de concession sous le signe de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Elles consolident la sécurité juridique des contrats de concession en balisant davantage leur procédure de passation. L'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er février 2016 fortifient aussi l'objectivisation de la passation des concessions en contribuant notamment à la réduction de l'influence de l'*intuitu personae* dans le choix du concessionnaire et en aménageant la possibilité pour l'autorité concédante de négocier les offres.

Au-delà de l'encadrement de la passation, la nouvelle matrice juridique commune aux concessions impacte de manière certaine le régime d'exécution du modèle français de la concession. Elle précise les règles de détermination de la durée des concessions qui doit être nécessairement limitée. Les modalités et les conséquences des modifications, qu'elles soient unilatérales ou conventionnelles, sont précisées. L'ordonnance intègre également en droit français de nouvelles hypothèses de participation des tiers à l'exécution des concessions.

Si les nouveaux textes n'encadrent pas directement la fin des concessions, les principes et les règles qu'ils comportent confortent la politique de restructuration du régime de l'extinction des concessions initiée par le juge administratif.

La réunion de la concession autour d'un régime juridique unifié atteste de la transformation complète du modèle français. Elle ouvre une nouvelle étape : celle du raffermissement de ce nouveau modèle contractuel par l'adaptation et la découverte de nouveaux principes pouvant accentuer davantage sa spécificité vis-à-vis des marchés publics.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Assurément, le modèle français de la concession a évolué à bien des égards. Il a, d'abord, connu une évolution de ses sources. La concession a été l'œuvre du juge administratif. Il en a dessiné les contours notionnels et marqué son appartenance à la famille des contrats administratifs. Il a ensuite contribué à forger les règles de sa passation, de son exécution et encadré les conséquences de son extinction [1483]. La concession possède, toujours sous l'impulsion de la jurisprudence, ses propres modalités d'application des règles générales applicables aux contrats administratifs. Cet ensemble de règles jurisprudentielles a contribué à faire de la concession l'archétype du contrat exorbitant du droit commun.

Cet encadrement jurisprudentiel a, d'une part, été supplanté par l'intervention du législateur originel et délégué. La loi Sapin du 29 janvier 1993 a établi les règles de passation des contrats de délégation de service public ; l'article 3 de la Loi MURCEF introduction une définition législative de ces contrats alors que l'ordonnance du 15 juillet 2009 consacre la catégorie des concessions de travaux publics.

Il a, d'autre part, été soumis à l'influence du droit européen. Initialement définie pour être exclue du champ de compétence du droit communautaire, la passation des concessions, qu'elles soient de travaux ou de services, a fini par être régie au nom du libre accès au marché intérieur par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession. L'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1er avril 2016 relatifs aux contrats de concession sont le résultat de cette double mutation des sources du modèle concessif.

Le contrat de concession a également connu un élargissement de ses critères classiques d'identification. Autrefois structurée uniquement autour de la personne publique, la concession admet, désormais, à travers la notion d'organisme de droit public, qu'une personne privée puisse être qualifiée d'autorité concédante. Le critère de l'objet a également subi un élargissement de son champ d'application. Or, sa déconnexion de la notion de service public accroît significativement le sceptre de qualification des concessions de services. Ce double élargissement des critères des concessions influence directement l'application des principes jurisprudentiels qui étaient auparavant justifiés par la spécificité de la gestion d'un service public et conduit, de ce fait, à repenser les principes jurisprudentiels devant gouverner les concessions.

1483 G. CLAMOUR, « Le nouveau droit des concessions », *Droit administratif*, 1 mars 2016, vol. 3, p. 13-21.

Il convient dès lors d'affirmer que le nouveau droit n'amoindrit pas la dimension jurisprudentielle de la concession dans la mesure où il s'en inspire largement. Il n'amenuise pas non plus le rôle du juge administratif. Il le renouvelle et redéfinit sa place dans la vie du mécanisme contractuel concessif à double titre.

Premièrement, le législateur délégué a décidé de maintenir la consubstantialité entre le droit administratif et la concession à travers la proclamation légale de l'appartenance de cette dernière à la catégorie des contrats administratifs [1484]. Ce faisant, l'autorité législative déléguée réaffirme l'unité juridictionnelle des contrats de la commande publique [1485].

Deuxièmement, les nouveaux textes annoncent l'évolution de l'office du juge administratif qui passe d'une phase d'énonciation des grands principes concessifs à une phase de stabilisation du nouveau modèle à travers une jurisprudence beaucoup plus technique [1486]. Ce juge des détails doit aussi jauger, confronter et fortifier l'identité de la concession, assise sur le critère du risque d'exploitation. La notion même de risque d'exploitation nécessite d'être clarifiée par la jurisprudence afin qu'elle joue pleinement sa fonction de critère discriminant au sein de la commande publique. Cette mission de clarification peut également passer par l'élaboration d'un critère interne par le prisme duquel le critère du risque d'exploitation pourra être consolidé.

En définitive, il est évident que le nouveau modèle de la concession relève d'un véritable paradoxe. Sa proclamation s'est opérée au prix d'une altération importante des spécificités relatives à l'identité et au régime juridique de la concession originelle. Mais, en même temps, c'est précisément cette déconstruction qui a replacé la concession au centre de la commande publique, en lui assurant une unité conceptuelle.

En outre, le droit de la concession est devenu, à l'instar du droit des marchés publics, un droit de plus en plus sophistiqué. Cet état de fait prouve que si la consolidation de la commande publique passe par l'énonciation d'objectifs communs et la soumission à un

---

1484 L'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession précise en son article 3 que « *Les contrats de concession relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* ».

1485 Voir en ce sens les éléments de la consultation publique sur le projet du code de la commande publique, DAJ du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, 24 avril 2018. M. AMILHAT, « Les notions du droit de la commande publique », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2017, art. 190, (coll. « chronique contrats publics 02 »).

1486 L'arrêt du CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, montre l'évolution technique des fonctions de la juridiction administrative.

… / …

ensemble de règles juridiques identiques, celle-ci ne constitue pas un obstacle à la spécialisation des différents modèles contractuels la composant [1487].

Toutefois, la promotion d'une législation relative aux contrats de concession invite à actualiser les rapports entre le droit des concessions et le droit administratif. En effet, au-delà de sa qualification légale, la concession questionne sur l'identité réel du droit qui lui est applicable. Peut-on considérer que celui-ci répond encore pleinement à la qualification de droit administratif ainsi qu'à l'exorbitance qui s'attache à ce dernier ?

La prédominance de la liberté contractuelle et de la transparence dans la passation, mais aussi dans l'exécution des concessions conduit à la suppression des obstacles susceptibles d'entraver leur affermissement. Plus encore, l'exorbitance n'est justifiée que lorsqu'elle concoure à sanctionner les manquements à la transparence et à la volonté des parties [1488].

La neutralisation partielle de l'application aux contrats de concession des règles générales applicables aux contrats administratifs est illustrative du changement de paradigme.

Certainement que le futur code de la commande publique, par sa structuration, apportera des éléments de réponse à la nature juridique du droit des concessions.

1487 Tel semble être l'architecture proposée pour le prochain code de la commande publique. Voir projet du code de la commande publique, DAJ du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, 24 avril 2018.

1488 Voir article 43, 49 et 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui autorisent la résiliation unilatérale comme une sanction du non-respect des règles encadrant la passation et l'exécution de la concession.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS, PRÉCIS ET DICTIONNAIRES

- **ALLAND (D.)** et **RIALS (S.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- **AUCOC (L.)**, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris, France, Dunod, 1879.
- **BÉNABENT (A.)**, *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien : Lextenso éd., 2012.
- **BÉQUET (L.)**, *Répertoire du droit administratif*, P. Dupont, Paris, 1892.
- **BIGOT (G.)**, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002.
- **BONNARD (R.)**, *Précis de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1943.
- **BUFFELAN-LANORE (Y.)** et **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, *Droit civil : les obligations*, Paris, Sirey, 2012.
- **BURDEAU (F.)**, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995.
- **CARRÉ DE MALBERG (R.)**, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, CNRS, 1962.
- **CHAPUS (R.)**, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, France, Montchréstien, 2005.
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2016.
- **DE LA ROSA (S.)**, *Droit européen de la commande publique*, Bruylant, 2017.
- **DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.) et DELVOLVÉ (P.)**, *Traité des contrats administratifs*, Paris, France, L.G.D.J., 1983.
- **DE LAUBADÈRE (A.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1953.
- **DE LAUBADÈRE (A.)**, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, France, L.G.D.J., 1956.
- **DUFOUR (G. M.)**, *Traité général de droit administratif appliqué, ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, tome 4, Delamotte, 1843.
- **DUGUIT (L.)**, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. Boccard, 1927.
- **FAGES (B.)**, *Droit des obligations*, Paris, L.G.D.J., 2013.

- **FRADIN (J.-P)** et **GEFFROY (J.-B.)**, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, Paris, P.U.F, Droit fondamental, 2003.
- **FRIER (P.-J.) et PETIT (J.)**, *Droit administratif*, Paris, France, L.G.D.J., 2013.
- **GAFFIOT (F.)**, *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Paris, France, Hachette, 2000.
- **GONOD (P.), MELLERAY (F.) et YOLKA (Ph.)** (eds.), *Traité de droit administratif*, tome 2, Paris, Dalloz, 2011.
- **GUINCHARD (S.)** et **DEBARD (Th.)**, *Lexique des termes juridiques*, 2013.
- **GUINCHARD (S.), ALBERT (J.-L.), BAILLEUX (D.)** et **AVOUT (L.)**, *Lexique des termes juridiques*, Paris, France, Dalloz, 2015.
- **HAURIOU (M.)**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Recueil Sirey, 1933.
- **JÈZE (G.)**, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, France, M. Giard, 1925.
- **LACHAUME (J-F.), PAULIAT (H.), BRACONNIER (S.)** et **DEFFIGIER (C.)**, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, France, P.U.F. (coll. « Thémis. Les Grandes décisions de la jurisprudence »), 2014.
- **LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.)** et **GENEVOIS (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, France, Dalloz, 2015.
- **MAYER (O.)**, *Le droit administratif allemand*, tome 4, V. Giard et E. Brière (Paris), 1903.
- **MAZEAUD (H.)**, **MAZEAUD (L.)** et **MAZEAUD (J.)**, *Leçons de droit civil, tome 2. Premier volume, Obligations : théorie générale*, Paris, France, Montchrestien, 1998.
- **MESTRE (J.-L.)**, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, P.U.F., 1985.
- **ROLAND (H.)**, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 2016.
- **SCHAEGIS (Ch.)**, *Dictionnaire de droit administratif*, ellipses, Paris, 2008.

II. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

- **AUBY (J.-F.),** *Les contrats de gestion de service public*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., (coll. « Systèmes Pratique »), 2016.
- **BETTINGER (C.)** et **LE CHATELIER (G.)**, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés : après les réformes de 1993-1995*, EFE, diff. Litec Paris, 1995.
- **BRÉCHON-MOULÈNES (C.)**, **LLORENS (F.)**, **BAZEX (M.), GUISOLPHE (G.), AUBY (J-B.)** et **DELVOLVÉ (P.),** *La concession de service public face au droit communautaire*, Sirey., Paris, 1992.
- **BRENNER (N)** et **THEODORE (N.)**, *Spaces of neoliberalism: urban restructuring in North America and Western Europe*, Oxford, Blackwell, 2002.
- **CAPITANT (R.)**, *La double notion de travail public*, Giard, impr. Barnéoud, 1929.
- **CELLE (G.)**, Précis de droit des gens : principes et systématique, Paris, Recueil Sirey, 1932.
- **CHEVALLIER (J.)**, *Le service public*, Paris, France, P.U.F, 2012.
- **DEPALLENS (G.)** et **JOBARD (J.-P.)**, *Gestion financière de l'entreprise*, Paris, France, Sirey, 1997.
- **DU MARAIS (B.)**, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po : Dalloz, 2004.
- **GUGLIELMI (G. J.)** et **KOUBI (G.)**, *Droit du service public*, 4ème éd., Montchrestien, 2016.
- **HOEPFFNER (H.)**, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016.
- **JÈZE (G.)**, *Les Contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissement*, Laval, impr. Barnéoud, France, 1927.
- **KOSELLECK (R.)**, *Histoire des concepts et histoire sociale,* Paris, Éditions de l'EHESS, 1990.
- **LACHAUME (J.-F.)**, BOITEAU C., PAULIAT H. et DEFFIGIER C., *Droit des services publics*, Paris, France, LexisNexis, 2015.
- **LOGÉAT (C.)**, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2009.

- **MICHOUD (L.)** et **TROTABAS (L.)**, *La Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème éd., Paris, L.G.D.J., 1932.
- **MOREL (M.-A.)**, *La concession en français*, Éditions Ophrys, 1996.
- **NICINSKI (S.)**, *Droit public des affaires*, 5e éd., France, L.G.D.J., 2016.
- **ODENT (R.)**, *Cours de contentieux administratif*, Paris, France, 1948.
- **PETIT (J.) et ÉVEILLARD (G.)**, *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009.
- **PIKETTY (Th.)**, *Le Capital au XXIe siècle*, Le Seuil, 2013
- **PILON (E)**, *Des monopoles communaux*, Caen, 1898.
- **RÉMY (B.)**, *Le mandat en question*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2013.
- **RICHER (L.) et LICHÈRE (F.)**, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., Paris, France, L.G.D.J., 2016.
- **RICHER (L.)**, L'Europe des marchés publics et concessions en droit communautaire, Paris, L.G.D.J., 2009.
- **RICHER (L.)**, *La concession en débat*, Paris, France, L.G.D.J., 2014.
- **UBAUD-BERGERON (M.)**, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2ème éd., LexisNexis, 2017.
- **VALERY (P.)**, *Mauvaises pensées et autres*, Paris, Gallimard, 1942.
- **YOLKA (Ph.)**, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, France, 2013.

III. THÈSES

- **AMILHAT (M.)**, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- **AUBERT (J.-J.)**, *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain : actes du diplôme d'études avancées*, Suisse, Faculté des lettres et sciences humaines, 2003.
- **BADAOUI (S.)**, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, Paris, L.G.D.J., 1955.
- **BADIAN (E.)**, *Publicans and sinners: private enterprise in the service of the Roman Republic*, Oxford, Royaume-Uni, B. Blackwell, 1972.

- **BAHOUGNE (L.)**, *Le financement du service public*, France, L.G.D.J., 2015.
- **BATTEUR (A.)**, *Le mandat apparent en droit privé*, Thèse, Université de Caen, France, 1989.
- **BATTOUE (L.)**, *Contrats publics et interventionnisme économique*, Thèse, Paris XII, 2006.
- **BETTINGER (C.)**, *La concession de service public et de travaux publics*, Paris, France, Berger-Levrault, 1978.
- **BEZANÇON (X.)**, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- **BLONDEAU (A.)**, *La concession de service public*, Dalloz, 1930.
- **BONTRON (M.-C.)**, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, Thèse, Université de Montpellier, 2015.
- **BOUJU (S.)**, *La concession de service public : critique d'une banalisation annoncée*, Thèse, France, 1999.
- **BRENET (F.)**, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse, Université de Poitiers, UFR de droit et sciences sociales, France, 2002.
- **CANEDO (M.),** *Le mandat administratif*, Paris, France, L.G.D.J., 2001.
- **COMTE (Ph.)**, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, Thèse de doctorat, Université de Paris (1896-1968). Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1934.
- **COSSALTER (Ph.)**, Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne, Paris, France, L.G.D.J., 2007.
- **COSTE (Ph.)**, *La régie intéressée*, Thèse, Université d'Orléans, 2005.
- **DELORT (N.)**, *L'influence du critère organique sur la délégation de service public*, Thèse, École doctorale Sciences de l'Homme et de la Société, Tours, France, 2007.
- **DELVINCOURT (Ed.)**, *Livre des entrepreneurs et concessionnaires de travaux publics : contentieux administratif en matière de travaux publics*, Thèse de doctorat, E. Lacroix, 3ème éd., 1862.

- **DREYFUS (A.)**, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, A. Pedone, Paris, 1896.
- **DO (T.)**, *Étude de la concession dans une perspective contrastive français – vietnamien à partir de corpus oraux*, Thèse de doctorat, Orléans, 2016.
- **DUFAU (J.)**, *Les concessions de service public*, Edition du Moniteur, 1979.
- **GHERZOULI (S.)**, *L'influence du droit de l'Union européenne sur l'évolution de la gestion déléguée des services publics*, Université d'Aix-en-Provence, France, 2012.
- **GUILLOUARD (J.)**, *Notion juridique des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution*, Paris, 1903.
- **HOEPFFNER (H.)**, *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009.
- **HUBRECHT (H.-G.)**, *Les contrats de service public*, thèse dactyl., Bordeaux, France, 1980.
- **LAAZOUZI (M.)**, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, Economica, 2008.
- **LANGELIER (É.)**, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, France, L.G.D.J., 2012.
- **LICHÈRE (F.)**, *Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, Thèse, France, 1998.
- **LLORENS (F***.), Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, L.G.D.J., France, 1981.
- **MADIOT (Y.)**, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971.
- **MARCUS (L.)**, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010.
- **MASSERON (C.)**, *La concession*, Thèse de doctorat, 1999.
- **MONNIER (F.)**, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, L.G.D.J., Paris, France, 1984.

- **MORALES (M.)**, *La liberté de choix des personnes publiques entre le contrat et l'acte unilatéral*, thèse, Université de Montpellier, 2016.
- **MURGUE-VAROCLIER (P.)**, *Le critère organique en droit administratif français*, Thèse de doctorat, Lyon, 2017.
- **ORIANNE (P.)**, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1961.
- **PÉQUIGNOT (G.)**, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Université de Montpellier I. Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1945.
- **PEZ (Th.)**, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, France, L.G.D.J., 2013.
- **POIROT-MAZÈRES (I.)**, *La représentation en droit administratif français*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, France, 1989.
- **POUYAUD (D.)**, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1991.
- **REDEUILH (H.)**, *Nature juridique de la concession de service public*, Thèse, Université de Bordeaux, France, 1925.
- **REGRAY (P.)**, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, L. N. D.J., Rousseau, Paris, 1900.
- **ROUVIÈRE (J.)**, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Thèse, Université de Paris (1896-1968). Faculté de droit et des sciences économiques, France, 1930.
- **SAVAUX (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Paris, France, L.G.D.J., 1997.
- **SUDRE (J.)**, *La compétence du Conseil d'état en matière de contrats*, Paris, France, Recueil Sirey, 1928.
- **TARAK BEN ABDELHAMID (B.)**, *Le mandat apparent*, Nantes, France, 1992.
- **TATOFIE (R.)**, *Build Operate and Transfer (BOT) Projects - Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics*, Thèse, University of Luxembourg, 2012.

▪ **TATOFIE (R.)**, *Build Operate and Transfer (BOT) Projects - Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariat public-privé à la lumière de l'approche Law and Economics*, University of Luxembourg, 2012.

▪ **VILA (J.-B.)**, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, France, 2009.

IV. MÉLANGES, COLLOQUES ET AUTRES OUVRAGES COLLECTIFS

▪ **BRENET (F.)**, « Les contrats administratifs » dans *Traité de droit administratif*, Paris, France, Dalloz, 2011.

▪ **CANEDO (M.)**, « L'exorbitance du droit des contrats administratifs » dans *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, L.G.D.J., 2004.

▪ **CLAMOUR (G.)** et **TERNEYRE (Ph.)**, « Financement & contrats publics : les moyens juridiques à disposition des personnes publiques pour un financement optimal de leurs contrats publics », Montpellier, France, Éditions du CREAM, 2014.

▪ **CLAMOUR (G.)**, « Esquisse d'une théorie générale des contrat publics » dans *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, CREAM Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 652.

▪ **DE CORAIL (J.-L.)**, « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative » dans *Études de finances publiques*, Mélanges en l'honneur de M. le Professeur P.-M. Gaudemet., Economica, 1984.

▪ **DE LA ROSA (S.)**, L'encadrement des concessions par le droit européen de la commande publique : les apports de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, Paris, Société de législation comparée, 2014.

▪ **DELVOLVÉ (P.)**, « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession » dans *Le service public ; Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 157.

▪ **DELVOLVÉ (P.)**, « Un droit des contrats sans summa divisio serait-il possible ? » dans *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, Paris, Dalloz, 2010, p. 257.

▪ **DEVES (C.)**, « Les contrats publics d'aménagement » dans *Mélanges en l'honneur de J. Moreau*, Economica, 2003.

▪ **DUGUIT (L.)**, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service publics » dans *Mélanges Hauriou*, 1929.

▪ **GAUDEMET (Y.)**, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français » dans *Mélanges en hommages à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613.

▪ **GUGLIELMI (G. J.)**, « Le modèle français de la concession : conquête ou concurrence ? », *in Le droit administratif est-il encore exportable ?* Colloque publié par *La semaine juridique, Administration et collectivités territoriales*, 2007, p. 2094.

▪ **IDOT (L.)**, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel » dans *L'ordre concurrentiel : Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, p. 688.

▪ **LACHAUME (J-F.)**, « Réflexions naïves sur l'avenir du service public » dans *Mélanges en l'honneur D. Labetoulle : Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 525.

▪ **LE BARBIER-LE BRIS (M.)**, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » dans *Le droit de l'Union européenne en principes : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 2006, p. 419-457.

▪ **LLORENS (F.)**, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public » dans *Gouverner, Administrer, Juger, Liber amicorum*, Mélanges en l'honneur de J. Waline., Paris, Dalloz, 2002.

▪ **INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE et CHAIRE**, « Le droit communautaire des concessions, une construction inachevée ? » Paris, France, Ed. du Secteur public, 2011.

▪ **MAINGUY (V. D.)**, « La circulation des contrats d'affaires-Bref aperçu comparatif des droits privé et public des contrats » dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Centre de recherches et d'études administratives, 2006, vol. tome 1, p. 289.

▪ **MAUGÜÉ (Ch.)**, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics » dans *Mouvements du droit public : Mélanges en l'honneur de F. Moderne,* Dalloz, 2004, p. 609.

▪ **PLESSIX (B.)**, « Contrats domaniaux et théorie générale du contrat administratif », in G. Clamour (dir.), *Contrats et propriété publics*, Paris, Litec, coll. « Colloques et débats », t. 36, 2011, pp. 29-41.

▪ **RICHER (L.)**, « La transparence et l'obstacle » dans *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, 2006, p. 175.

▪ **SYMCHOWICZ (N.)**, « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer : à propos des contrats des personnes publiques*, 11 janvier 2013, vol. 1, p. 463-476.

▪ **TERNEYRE (Ph.)**, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs » dans *Mélanges Labetoulle*, 2007, p. 803.

▪ **VEDEL, (G.)**, « Remarques sur la notion de clause exorbitante » dans *Mélanges A. Mestre*, Sirey., 1956.

V. ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

▪ **AMILHAT (M.)**, « Passation des marchés publics – principes fondamentaux », *JurisClasseur Administratif,* 2015, fasc. 635.

▪ **BOITEAU (C.)**, « Délégation de service public : Notion et catégories », *JurisClasseur Administratif*, 2011, fasc. 660.

▪ **BOULOUIS (N.)**, « Contentieux des travaux publics » dans *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2014.

▪ **BOYER (L.)**, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit civil*, avril 2015.

▪ **BRACONNIER (S.)** et **KALNINS (E.)**, « Nouvelles directives marchés publics et concessions – Petite révolution et grandes évolutions », *JurisClasseur Administratif*, 2014, fasc. 1.

▪ **BRENET (F.)**, « Cession de contrat », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 2016, fasc. 16.

- **BRENET (F.)**, « Qualification jurisprudentielle du contrat administratif », *JurisClasseur Administratif*, 2010, fasc. 603.
- **CANTIÉ (Ch.)**, « Concession de service public. – Opportunité et implications du recours au contrat global », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, 2015, fasc. 760
- **DAVIGNON (J.-F.)**, « Concessions de service public », *JurisClasseur Administratif*, 2015, fasc. 664.
- **LEGEAIS (D.)**, « Concession commerciale », *JurisClasseur Commercial*, 2016, fasc. 307.
- **DOUENCE (M.)**, « Notion de convention de délégation de service public », *Répertoire de droit immobilier*, 2012.
- **ECKERT (G.)**, « Passation des délégations de service public : procédure issue de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 », *JurisClasseur Administratif*, 2017, fasc. 702.
- **ECKERT (G.)**, « Passation du contrat », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics,* 2016, fasc. 420.
- **GEORGEL (J.)**, « Contrats administratifs par détermination de la loi », *JurisClasseur Administratif,* 1994, fasc. 500.
- **NOGUELLOU (R.)**, « Champ d'application organique », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 2016, fasc. 40.
- **ONDOUA (A.)**, « Concessions de plage », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 2016, fasc. 520.
- **ONDOUA (A.)**, « Notion de contrat administratif » dans *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 2017, fasc. 10.
- **PAULIAT (H.)**, « Concession de travaux publics : Notion », *Dalloz Droit de la construction,* Dossier 190, 2013.
- **PETIT (J.)**, « Ouvrage public : notion », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2013, fasc. 8.
- **PROOT (Ph.)**, « La concession de travaux publics », *JurisClasseur Administratif*, 2012, fasc. 672.

VI. Articles

1. Périodiques

- **Alibert (T.)**, « "L'intuitus personae" dans la concession de service public : un principe en mutation ? », *La Revue administrative*, 1 novembre 1990, vol. 43, n° 258, p. 507-512.
- **Amilhat (M.)**, « La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, n° 01, (coll. « chronique contrats publics »), art. 105.
- **Amilhat (M.)**, « Les « nouvelles » procédures de passation des contrats de concession », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, art. 107, (coll. « chronique contrats publics 02 »).
- **Amilhat (M.)**, « Les notions du droit de la commande publique », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2017, art. 190, (coll. « chronique contrats publics 02 »).
- **Antoine (A.)**, « L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique », 2011, n° 05, *RFDA*, p. 879-892.
- **Antoine (J.)**, « Les pouvoirs de sanction du cocontractant défaillant (approche comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations) », *Les Petites Affiches*, 7 octobre 2002, vol. 200, p. 4-9.
- **Auby (J.-F.)**, « La délégation de service public : premier bilan et perspectives », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 août 1996, vol. 4, p. 1095-1115.
- **Auby (J.-F.)**, « La durée des conventions de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 13 mars 1996, vol. 32, p. 12-14.
- **Auby (J-F.)**, « Délégation de service public et fonds de commerce », *Les Petites Affiches*, 5 avril 2000, vol. 68, p. 4-9.
- **Auby (J-F.)**, « Gestion des services publics et corruption », *Les Petites Affiches*, 13 janvier 1995, vol. 6, p. 23-26.
- **Auvray (M.)**, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *Revue Lamy de la Concurrence*, 1 octobre 2008, vol. 17, p. 68-80.

- **BARJOT (D.)**, « Spécificité de la grande entreprise dans un secteur original : les travaux publics », in F. Caron (dir.), *Entreprises et entrepreneurs*, XIXe-XXe siècles, 1983, pp. 93-117.
- **BARJOT (D.)**, « Acteurs privés et agents publics : le cas des entrepreneurs français de travaux publics (1882- 1974) », *in Techniques territoires et sociétés*, juin 1994, p. 53-60.
- **BARJOT (D.), BERNERON-COUVENHES (M.-F.)**, « Le modèle français de la concession », *Entreprises et histoire*, 2005, n° 38, p. 5-23.
- **BARTHÉLEMY (J.)**, « A propos de la nature juridique de la concession de services publics », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1911, vol. 28, p. 379.
- **BEN KHELIL (K.)** et **TENAILLEAU (F.)**, « La recomposition du paysage des concessions », *JCP A*, 21 mars 2016, vol. 11, p. 37-43.
- **BENELBAZ (C.)**, « Qualification de concessions de services », *JCP A*, 5 octobre 2015, vol. 40, p. 29-29.
- **BERGÉ (J.-S.)**, « La summa divisio droit privé-droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? Une question pour quoi ? », *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* 2010, p. 45-56.
- **BEZANÇON (X.)**, « Histoire du droit concessionnaire en France », *Entreprises et histoire*, 1 mars 2005, n° 38, n° 1, p. 24-54.
- **BENZONI (L.)**, « Position dominante et rente de monopole : une analyse économique de la concession de Canal + », *Revue d'économie industrielle*, 1993, vol. 66, n° 1, p. 7-32.
- **BIDIASSE (H.)**, « La théorie de l'agence et la concession des services publics : le cas des chemins de fer camerounais », *Mondes en développement*, 03 avril 2017, p. 121-137.
- **BLUMANN (C.)**, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 25 juillet 2007, vol. 30, p. 13-22.

- **BODA (J.-S.)** et **PACHEN-LEFÈVRE (M.-H.)**, « Les biens de retour et l'intérêt du service public », *La Gazette*, avril 2015, p. 42-44.
- **BODA (J.-S.)** et **ROHAN (P.-A.)**, « L'incidence de la résiliation des contrats portant transfert du service public sur les sous-contrats », *JCP A*, 30 mars 2015, vol. 13, p. 20-23.
- **BOITEAU (C.)**, « Précisions sur la notion de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 28 février 2000, vol. 41, p. 10-17.
- **BOCQUET (D.)**, « Une concession convoitée : le réseau d'eau potable à Rome entre service public, développement capitaliste, géopolitique et idéologie (1864-1964) », Flux n° 97/98, Juillet - Décembre 2014, p. 37-43.
- **BONOTTE (Ch.)**, « Les conventions de service public et le temps », *RFDA*, 2005, p. 89-104.
- **BOURDON (P.)**, « La résiliation unilatérale d'une convention de coopération entre personnes publiques » *AJDA* 2015, p. 1482-1488.
- **BRACONNIER (S.)** et **MOURIESSE (X.)**, « Les critères de jugement des offres dans les délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 février 2010, vol. 2, p. 43-44.
- **BRACONNIER (S.)**, « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », *AJDA*, 13 mars 2006, vol. 10, p. 554-557.
- **BRACONNIER (S.)**, « La consécration du critère du risque opérationnel dans la directive "concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 26-31.
- **BRACONNIER (S.)**, « La qualification erratique des contrats de mobilier urbain », *Revue de droit immobilier*, 1 juillet 2013, vol. 7, p. 367-369.
- **BRACONNIER (S.)**, « La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives », *AJDA*, 21 avril 2014, vol. 15, p. 832-840.
- **BRACONNIER (S.)**, « Regards sur le nouveau droit des concessions », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 4 avril 2016, vol. 14, p. 698-706.

▪ **BRACONNIER (S.)**, « Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 12 mai 2014, vol. 19, p. 959-967.

▪ **BRACONNIER (S.)**, « Subventions d'investissement aux projets d'infrastructures et aides d'État », *Revue de droit immobilier*, 1 novembre 2012, vol. 11, p. 562-565.

▪ **BRACONNIER (S.), DOURLENS (N.)** et **MOUSTIER (R.)**, « Le sort des délégations de service public conclues dans les domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets après le 3 février 2015 », *Contrats et Marchés publics*, 1 mai 2013, vol. 5, p. 43-44.

▪ **BRENET (F.)**, « Les contrats de concession de service hors service public », in « *Le nouveau droit des concessions* », *Éditions du CREAM*, 2016, p. 59.

▪ **BRENET (F.)**, « Abandon pour l'avenir de la jurisprudence Peyrot », *Droit administratif*, 1 mai 2015, vol. 5, p. 37-41.

▪ **BRENET (F.)**, « Contrat administratif international et droit international privé », *AJDA*, 15 juin 2015, vol. 20, p. 1144-1149.

▪ **BRENET (F.)**, « La délégation unilatérale de service public », *AJDA*, 2013, p. 1435-1440.

▪ **BRENET (F.)**, « La détermination de la durée des délégations de service public », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 1 février 2010, vol. 672, p. 21-24.

▪ **BRENET (F.)**, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », *AJDA*, 2003, p. 919-924.

▪ **BRENET (F.)**, « Le contrat de mobilier urbain peut être un simple contrat d'occupation du domaine public », *Droit administratif*, 1 août 2013, vol. 8, p. 33-36.

▪ **BRENET (F.)**, « Nouvelle définition de la clause "exorbitante" », *Droit administratif*, 1 janvier 2015, vol. 1, p. 34-38.

▪ **BRENET (F.)**, « Résiliation du contrat administratif par le cocontractant de l'Administration », *Droit administratif*, 1 février 2015, vol. 2, p. 23-26.

- **BRENET (F.)**, « Substitution de plein droit de la personne publique dans les contrats passés par le cocontractant avec les usagers et les autres tiers pour l'exécution même du service public », *Droit administratif*, 1 mars 2015, vol. 3, p. 26-29.
- **CABANES (Ch.)** et **POLDERMAN (B.)**, « La gratuité dans le transport public de voyageurs », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2012, vol. 119, p. 79-82.
- **CAMOUS (D.-A.)**, « L'arrêt Eurawasser marque-t-il la maturité de la jurisprudence communautaire en matière de concession », *AJDA*, 2010, p. 162-167.
- **CANEDO-PARIS (M.)**, « La jurisprudence Société Entreprise Peyrot : la fin », *RFDA*, 2015,n° 2, p. 273-291.
- **CAPITANT (D.)**, « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, 1 février 2009, vol. 43, p. 40-43.
- **CASSIA (P.)**, « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », *Revue Trimestrielle de Droit Européen (RTDE)*, 1 juillet 2002, vol. 3, p. 413-449.
- **CATTIER (R.)**, « Subventionner un service public délégué », *AJDA*, 30 juin 2014, vol. 23, p. 1305-1310.
- **CLAMOUR (G.)**, « Nouvelle directive concessions, premier panorama », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2014, vol. 3, p. 21-24.
- **CLAMOUR (G.)**, « Ombres et lumières de l'ordonnance relative aux concessions de travaux publics », *Contrats et Marchés publics*, Août 2009, n° 8, étude 9.
- **CLAMOUR (G.)**, « Plaidoyer pour l'arrêt Lamblin », *RFDA*, 1 novembre 2005, vol. 6, p. 1205-1212.
- **CLAMOUR (G.)**, « Régime des contrats de concession de travaux publics », *Contrats et Marchés publics*, juin 2010, n° 6, comm. 204.
- **CLAMOUR (G.)**, « Le nouveau droit des concessions », *Droit administratif*, 1 mars 2016, vol. 3, p. 13-21.
- **COLLET (M.)**, « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public. À propos de l'arrêt Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 1 juillet 2008, vol. 655, p. 3-8.

- **CONCHON (A.)**, « Financer la construction d'infrastructures de transport : la concession aux XVIIe et XVIIIe siècles », *Entreprises et histoire*, 1 mars 2005, n° 38, n° 1, p. 55-70.
- **COSSALTER (Ph.)**, « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *AJDA hebdo*, 2009, vol. 2009, n° 34, p. 1882-1888.
- **COSSALTER (Ph.)**, « Les concessions à durée endogène », *Droit administratif*, 1 mai 2006, vol. 5, p. 4-9.
- **COURIVAUD (H.)**, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *Revue internationale de droit économique*, 1 novembre 2004, t. XVIII, 4, n° 4, p. 395-434.
- **DACOSTA (B.)**, « Contrat entre un concessionnaire d'autoroutes et une entreprise de dépannage : quel est le juge compétent ? », *AJDA*, 22 décembre 2014, vol. 43, p. 2479-2485.
- **DAL FARRA (Th.)**, « Risque juridique et contrats de partenariat », *CP-ACCP*, 2004, n° 36, p. 31.
- **DE LAUBADÈRE (A.)**, « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs. », 1954, p. 36.
- **DE SIGOYER (V.)**, « La reprise des sous-contrats dans les contrats globaux », *Droit administratif*, 1 décembre 2013, vol. 12, p. 55-56.
- **DE SOTO (J.)**, « Imprévision et économie dirigée », *JCP*, 1950, 187 I.
- **DEBANDE (O.)**, « Le rôle du secteur privé dans le financement des infrastructures. Une mise en perspective historique », *Revue économique*, 1997, 48, p. 197-230.
- **DEGOFFE (M.)**, « Un contrat de service public est-il nécessairement une délégation de service public ? », *RDI*, 2002, p. 216.
- **DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.)**, « Droit et risque n° 6 (2e partie) », *Les Petites Affiches*, 1 avril 2015, vol. 65, p. 5-12.
- **DELACOUR (E.)**, « Délégation de service public. Une durée encadrée », *MTPB*, 10 octobre 1997, p. 76.
- **DELACOUR (E.)**, « La subdélégation d'un service public », *Moniteur TP*, 28 novembre 1997, p. 16.

▪ **DELACOUR (E.)**, « Service public : Les clauses réglementaires qui régissent la délégation », *Le Moniteur*, n° 4946.

▪ **DELCROS (X.)**, **LÉVÊQUE (F.)** et **BARTHÉLÉMY (Ch.)**, « Financement des services publics et aides d'État : quelles compensations aux obligations de service public admettre ? », *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2004, vol. 239, p. 40-54.

▪ **DELPECH (X.)**, « Une réforme pour les contrats de concession », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 1 février 2016, vol. 2, p. 61-61.

▪ **DELVOLVÉ (P.)**, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA*, 1er mai 2016, p. 613-625.

▪ **DELVOLVÉ (P.)**, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, vol. 9, p. 675-691.

▪ **DENIZOT (A.)**, « Les modalités d'indemnisation du cocontractant à la suite d'une résiliation unilatérale dans l'intérêt général », *JCP A*, 24 décembre 2012, vol. 51, p. 11-17.

▪ **DEROUESNÉ (E.)**, « Une nouvelle articulation des règles de la domanialité publique et des règles de la commande publique », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juillet 2017, vol. 178, p. 46-49.

▪ **DESPORTES (F.)**, « Critères du contrat administratif : de la cause exorbitante du droit commun à la clause impliquant un régime exorbitant », *RFDA*, novembre 2014, vol. 6, p. 1068-1073.

▪ **DESPORTES (F.)**, « Quelle définition de la clause exorbitante du droit commun ? », *Bulletin juridique des contrats publics*, janvier 2015, vol. 98, p. 11-21.

▪ **DIDRICHE (O.)**, « Les nouvelles règles en matière de passation des contrats de concession », *AJCT*, 2016, p. 243-248.

▪ **DOUENCE (J.-C.)**, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1 septembre 1993, vol. 5, p. 936-951.

▪ **DUFAU (J.)**, « Concurrence pour les sous-traités d'exploitation », *Moniteur TP*, 29 novembre 2000, p. 106.

▪ **DUFAU (J.)**, « La concession de service public. L'évolution du caractère aléatoire de l'exploitation du service concédé », *MTPB*, juin 1979, p. 61.

- **DUFAU (J.)**, « Les conventions d'occupation domaniale constitutives d'une délégation de service public », *JCP Admin*, 2004, p. 1001-1017.
- **DUGUIT (L.)**, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 411-439.
- **DYENS (S.)**, « La proposition de directive « concessions » et la loi « Sapin » sont-elles fondamentalement compatibles ?», *AJCT*, 2012, p. 604.
- **ECKERT (G.)**, « Durée des délégations de service public de casino », *Contrats et Marchés publics*, 1 décembre 2003, vol. 12, p. 27-28.
- **ECKERT (G.)**, « Durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2007, vol. 6, p. 29-31.
- **ECKERT (G.)**, « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *Revue Juridique de l'Économie Publique (ex R J Entreprise Publique et Cahiers J Électricité Gaz)*, 1 août 2014, vol. 722, p. 3-12.
- **ECKERT (G.)**, « La subvention d'amélioration du service public est une aide d'État », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2012, vol. 10, p. 39-40.
- **ECKERT (G.)**, « La subvention d'infrastructure publique n'est pas une aide d'État », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2012, vol. 10, p. 36-39.
- **ECKERT (G.)**, « Le champ d'application du nouveau droit des concessions », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2016, vol. 3, p. 8-14.
- **ECKERT (G.)**, « Le Tribunal des conflits précise la notion de clause exorbitante », *Contrats et Marchés publics*, 1 décembre 2014, vol. 12, p. 11-13.
- **ECKERT (G.)**, « Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, 1 octobre 2010, vol. 10, p. 7-15.
- **ERSTEIN (L.)**, « À propos de la nature règlementaire d'une clause contractuelle », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 8, 19 février 2018, p. 213.
- **FALLOUS (E.)**, « Le juge français face au droit communautaire », *Diplôme : La revue des étudiants en droit*, 1 novembre 1998, vol. 25, p. 30-31.

- **FATÔME (E.)** et **MÉNÉMÉNIS (A.)**, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA*, 16 janvier 2006, vol. 2, p. 67-73.
- **FÉVRIER (J.-M)**, « Résiliation d'une délégation de service public et protection procédurale du délégataire », *Contrats et Marchés publics*, 2004, p. étude 11.
- **GABAS (J.-J.), PESCHE (D.), RIBIER (V.)** et **CAMPBELL (B.)**, « Nouveaux regards sur la coopération pour le développement et ses transformations, Renewing perspectives for understanding ongoing transformations in development assistance », *Mondes en développement*, 2 avril 2014, n° 165, p. 7-22.
- **GAUCH (G.)**, « Le champ d'application de la directive concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 22-25.
- **GAUDEMET (Y.)**, « La cession des concessions », *Les Petites Affiches*, 22 octobre 1999, vol. 211, p. 5-9.
- **GAUDEMET (Y.)**, « Le contrat administratif, un contrat hors la loi », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 1 juillet 2004, vol. 17, p. 91-94.
- **GAUDEMET (Y.)**, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *Revue du Droit public*, 1 mars 2010, vol. 2, p. 313-326.
- **GEORGOPOULOS (Th.)**, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire : quelles obligations pour les États membres ? », *Les Petites Affiches*, 26 janvier 2005, vol. 18, p. 5-10.
- **GIACUZZO (J.-F)**, « Le critère organique du contrat administratif et l'"amphibologique" notion française de concession », *Droit et ville*, juin 2014, vol. 77, p. 279-290.
- **GIACUZZO (J.-F.)**, « L'arrêt Société des Granits porphyroïdes des Vosges », *AJDA*, décembre 2013, vol. 43, p. 2474-2479.
- **GIRARDOT (T.-X.)** et **CHAUVAUX (D.)**, « Incidence de la loi Sapin sur le champ d'application du Code des marchés publics », *AJDA*, 1996, p. 729.
- **GRAS (A.)**, « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Droit administratif*, 1 juillet 2012, vol. 7, p. 15-22.
- **GROS (M.)**, « L'erreur de Léon Blum ? », *AJDA*, juillet 2013, vol. 26, p. 1489-1492.

▪ **GUYOMAR (M.)**, « Ouvrage public et service public de l'électricité », *RFDA*, 1 mai 2010, vol. 3, p. 551-556.

▪ **HASTINGS (M.)**, *Les constellations imaginaires du service public*, in service public et lien social, 1999, p. 32-52.

▪ **HAUTBOURG (S.)** et **QUESSON (S.)**, « Arrêt Altmark : le financement des services d'intérêt général », *Décideurs Juridiques et Financiers*, 15 juin 2004, vol. 55, p. 32-33.

▪ **HOEPFFNER (H.)**, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire. », *RFDA*, 1 janvier 2011, vol. 1, p. 98-115.

▪ **HOEPFFNER (H.)**, « La modification des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 280-293.

▪ **HOEPFFNER (H.)**, « Concessions d'autoroutes : l'adossement, retour vers le futur ? » *Contrats et Marchés* public, n° 2, février 2018, étude 2.

▪ **HUDON (P.-A.)**, « La dynamique des relations dans les partenariats public-privé : le cas du modèle anglo-saxon », *Revue française d'administration publique*, vol. 160, no° 4, 2016, p. 1271-1288.

▪ **IDOUX (P.)** et **CAFARELLI (F.)**, « Durée des délégations de service public », *Droit administratif*, 1 novembre 2009, vol. 11, p. 27-31.

▪ **ISHI (K.), GENTRY (D.)** et **HOON LIM (C.)**, « Débloquer la croissance de l'économie canadienne grâce aux infrastructures », *Département hémisphère occidental du FMI*, juillet 2017.

▪ **JAKOB (P.)** et **SMOLINSKA (A. M.)**, « Quels enjeux de la nouvelle notion de concession de services ? », *JCP A*, 2 mai 2017, vol. 17, p. 27-29.

▪ **JANICOT (L.)**, « La qualification des sous-contrats d'occupation du domaine public. L'ininvocabilité des contrats administratifs par les tiers », *RFDA*, juillet 2012, vol. 4, p. 692-705.

▪ **KALFLÈCHE (G.)**, « Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2014, vol. 6, p. 17-20.

▪ **KARPENSCHIF (M.)**, « L'association, opérateur économique au sens du droit des marchés publics », *CP-ACCP*, Juillet-Août 2007, n° 68, p. 40.

- **KARPENSCHIF (M.)**, « Le contrat au service des politiques publiques : "contrat public et Union européenne" », *RFDA*, 1 mai 2014, vol. 3, p. 418-424.
- **KARPENSCHIF (M.)**, « Le contrat public européen », *Revue des contrats*, 1 septembre 2014, vol. 3, p. 539-544.
- **KONDYLIS (V.)**, « La conception de la fonction publique dans l'œuvre de Gaston Jèze », *RHFD*, 1991, p. 43-54.
- **LAAZOUZI (M.)**, « La nature des contrats administratifs internationaux », *AJDA*, 24 décembre 2012, vol. 44, p. 2420-2428.
- **LAFFITTE (O.)**, « Les nouveaux paramètres financiers des contrats de concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 61-64.
- **LAGRANGE (Ph.)**, « La qualification des contrats entre personnes publiques », *Droit administratif*, 1 mars 2000, vol. 3, p. 7-12.
- **LANZARONE (E.)** et **RUDLOFF (C.)**, « L'action indemnitaire des tiers », *Contrats et Marchés publics*, 1 avril 2016, vol. 4, p. 19-22.
- **LATINA (M.)**, Contrat : généralités, *Répertoire de droit civil*, mai 2017.
- **LAURET (R.),** « La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession ! », *Le Moniteur - Contrats publics*, septembre 2017, p. 26-29.
- **LE CHATELIER (G.)**, « L'évolution du cadre juridique » dans *Eau : le temps d'un bilan*, Flux., 2008, p. 27-34.
- **LE CHATELIER (G.)**, « Les nouvelles règles relatives au contenu et à l'exécution des contrats de concession », *AJCT*, 2016, p. 249-257.
- **LE CHATELIER (G.)**, « Une contribution importante au droit de la délégation de service public », *CP-ACCP*, mars 2009, n° 86, p. 59-61.
- **LEHOUX (F.)** et **GUELLIER (Ph.)**, « Articulation entre la directive et la "loi Sapin" : quelles sont les modifications à prévoir ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 36-39.
- **LESSI (J.)** et **DUTHEILLET DE LAMOTHE, (O.)**, « Les habits neufs de la clause exorbitante », *AJDA*, novembre 2014, vol. 38, p. 2180-2185.

▪ **LETELLIER (H.)** et **HAUTON (M.)**, « Quelle qualification pour les contrats de mobiliers urbains ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mai 2015, vol. 154, p. 70-74.

▪ **LICHÈRE (F.)**, « La passation des concessions », *AJDA*, 23 mai 2016, vol. 18, p. 1000-1007.

▪ **LICHÈRE (F.)**, « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, p. 341-351.

▪ **LICHÈRE (F.)**, « La définition contemporaine du marché public », *RDP*, 1997, p. 1753-1781.

▪ **LIÉBER (S.-J.)** et **BOTTEGHI (D.)**, « La loi Sapin et la limitation de la durée des délégations de service public : une application immédiate à effet différé », *AJDA*, 8 juin 2009, vol. 20, p. 1090-1096.

▪ **LIET-VEAUX (G.)**, « La théorie du service public, crise ou mythe ? », *La Revue administrative*, mai 1961, vol. 14, n° 81, p. 256-264.

▪ **LINDITCH (F.)**, « Commande publique : premier regard sur l'ordonnance de transposition de la directive Recours », *JCP A*, 8 juin 2009, vol. 24, p. 32-39.

▪ **LINDITCH (F.)**, « Les contrats de délégations de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 », *Contrats et Marchés publics*, 6 mars 2016, n° 3, p. 30-36.

▪ **LINDITCH (F.)**, « Mise en œuvre des procédures de passation des concessions de service », *JCP A*, 5 mai 2014, vol. 18, p. 28-31.

▪ **LINDITCH (F.)**, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 20 février 1996, vol. 2, p. 100-110.

▪ **LLORENS (F.)** et **SOLER-COUTEAUX (P.)**, « A propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de services », *Contrats et Marchés publics*, 1 avril 2017, vol. 4, p. 1-2.

▪ **LLORENS (F.)** et **SOLER-COUTEAUX (P.)**, « Concession et occupation du domaine public », *Contrats et Marchés publics*, 1 mars 2017, vol. 3, p. 1-2.

▪ **LLORENS (F.)** et **SOLER-COUTEAUX (P.)**, « Concessions d'aménagement : la fin d'une exception », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2016, vol. 7, p. 1-2.

- **LLORENS (F.)** et **SOLER-COUTEAUX (P.)**, « Notion de contrat administratif : les lignes qui bougent », *Contrats et Marchés publics*, 1 mai 2015, vol. 5, p. 1-2.
- **LLORENS (F.)**, « De l'exception d'inexécution et de quelques tendances du droit des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics*, 1 décembre 2014, vol. 12, p. 1-2.
- **LLORENS (F.)**, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *RFDA*, 1984, p. 45.
- **LLORENS (F.)**, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et Marchés publics*, mai 2005, vol. 5, p. 12-25.
- **LOMBARD (F.)**, « La codification du critère de distinction marché / concession : le critère du risque opérationnel », *JCP A*, 5 mai 2014, vol. 18, p. 15-18.
- **LOMBARD (F.)**, « La notion de concession de services », *RTD com*, 2017, p. 295-296.
- **MANSON (S.)**, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RD publ*, janvier 2009, vol. 1, p. 19-49.
- **MARCHAND (J.)**, « Contrats de délégation de service public. Durée du contrat public et durée d'amortissement. Réflexions autour de la décision du Conseil d'État du 4 juillet 2012, numéro 352417, Communauté d'agglomération Chartes métropole », *Droit administratif*, 1 mars 2013, vol. 3, p. 18-25.
- **MARCOU (G.)**, « L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements », *Annuaire des collectivités locales*, 1999, vol. 19, n° 1, p. 61-99.
- **MARCOU (G.)**, « La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993 », *RFDA*, 11 juillet 1994, n° 04, p. 691-702.
- **MARGAIRAZ (D.)**, « L'invention du « service public » : entre « changement matériel » et « contrainte de nommer » », Revue d'histoire moderne et contemporaine, 1 septembre 2005, no 52-3, no 3, p. 10-32.
- **MARSON (G.)**, « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres (2ème partie) ; Chronique de droit européen numéro III », Les Petites Affiches, 20 mai 2003, vol. 100, p. 3-9.
- **MATTERA (P.)**, « Les nouvelles directives "Marchés publics" et "Concessions" », Revue du droit de l'Union Européenne, 1 juin 2014, vol. 2, p. 369-385.

▪ **MAUBLANC (J.-V.)**, « Les concessions de services prennent le large », *AJDA*, 2017, p. 1453-1459.

▪ **MAUGÜÉ (Ch.)** et **DERUY (L.)**, « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », *Bulletin juridique des contrats publics*, 1 septembre 1999, vol. 6, p. 494-502.

▪ **MAUGÜÉ (Ch.)**, « Quel est le critère distinctif entre un marché public de travaux et une concession de travaux ? », *Bulletin juridique des contrats publics*, 1 avril 2009, vol. 63, p. 119-122.

▪ **MEHDI (R.)**, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » dans *In J.-B. Auby & J. Dutheil de La Rochère*, Bruxelles, Bruylant (coll. « Droit administratif européen »), 2007, p. 685-726.

▪ **MELLERAY (F.)**, « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », *RFDA*, 1 mai 2010, vol. 3, p. 572-576.

▪ **MELLERAY (F.)**, « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA*, 4 juillet 2005, vol. 25, p. 1376-1381.

▪ **MÉNÉMÉNIS (A.)**, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA*, 23 janvier 2006, vol. 3, p. 120-129.

▪ **MÉNÉMÉNIS (A.)**, « L'affermage d'un parking entre jurisprudence Telaustria et jurisprudence Teckal », *Droit administratif*, 1 décembre 2005, vol. 12, p. 22-25.

▪ **MOESCHLER (J.) et DE SPENGLER (N.)**, « La concession ou la réfutation interdite, approches argumentative et conversationnelle », *Cahiers de linguistique française* 4 : p. 7 -36.

▪ **MOLLION (G.)**, « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour ? », *AJDA*, 28 février 2011, vol. 7, p. 363-367.

▪ **MOREAU (D.)**, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 25 août 2003, vol. 27, p. 1418-1425.

▪ **MOREL (J.-B.)**, « Le Conseil d'État se prononce sur la portée de la libre négociation en matière de délégation de service public », *AJDA*, 6 novembre 2006, vol. 37, p. 2064-2067.

- **NEFRAMI (E.)**, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'union européenne », *Revue de l'Union Européenne*, 2012, p. 197-204.
- **NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (U.)**, « Les évolutions jurisprudentielles relatives à la résiliation des contrats administratifs », *Droit administratif*, 1 novembre 2015, vol. 11, p. 14-22.
- **NICINSKI (S.)**, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, juillet 2013, vol. 25, p. 1441-1447.
- **NOGUELLOU (R.)**, « L'exécution des contrats de concession », *AJDA*, 23 mai 2016, vol. 18, p. 1008-1012.
- **NOGUELLOU (R.)**, « La distinction marché de services / concession de services selon la Cour de justice », *Droit administratif*, mai 2011, n° 5, comm. 45.
- **NOGUELLOU (R.)**, « La qualification de contrat administratif d'un contrat passé entre deux personnes privées », 2010, n° 05, (coll. « RDI »), p. 267.
- **NUMA (G.)**, « Théorie de l'agence et concessions de chemins de fer français au 19ème siècle », *Revue d'économie industrielle*, vol. 125, n° 1, 2009, p. 105-128.
- **OLIVIER (F.)** et **LIET-VEAUX (C.)**, « La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2016, vol. 7, p. 7-13.
- **PARK (R.-R.)**, « Les concessions des travaux publics en Méditerranée : incontestables succès de la Société de Construction des Batignolles », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, p. 13-24.
- **PASTOR (J.-M)**, « Une nouvelle illustration de l'autonomie de la notion d'ouvrage public », *Dalloz actualité,* 07 avril 2015.
- **PAULIAT (H.)**, « Le critère de la clause exorbitante dans l'identification du contrat administratif : les précisions du Tribunal des conflits », *JCP A*, janvier 2015, vol. 3, p. 21-23.
- **PAULIAT (H.)**, « Les concessions de travaux publics : grand renouvellement ou simple actualisation ? », *RDI*, 2010, p. 416-422.

▪ **PETITET (S.)**, « Problèmes et limites de la diffusion internationale d'un modèle de gestion des services publics urbains "à la française". Le cas de l'eau potable », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, n° 31, p. 25-37.

▪ **PERRITAZ (M.)** et **RICCI (N.)**, « Modifications et résiliation des concessions prévues par la directive », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 mars 2014, vol. 141, p. 70-73.

▪ **PEZ (Th.)**, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 237-252.

▪ **PIÉTRI (J.-P.)**, « Clause de résiliation au profit du cocontractant », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2015, vol. 6, p. 20-22.

▪ **PORTE (N.)**, « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 septembre 2014, vol. 5, p. 1249-1282.

▪ **PRADES (B.)**, « Les relations entre le délégataire et le délégant. De la concurrence à la transparence », *AJDA*, 20 septembre 1996, vol. 9, p. 638-641.

▪ **PROOT (Ph.)**, « Les contrats particuliers », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 octobre 2015, vol. 158, p. 39-43.

▪ **PUGEAULT (S.)**, « Les clauses de résiliation unilatérale dans les contrats administratifs sont désormais admises mais sous conditions », *Recueil Dalloz Sirey*, 15 janvier 2015, vol. 2, p. 145-151.

▪ **RAYMUNDIE (O.)**, « Le contenu du contrat des concessions de travaux et de service (public) », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 17-22.

▪ **RÉZENTHEL (R.)**, « Les concessions portuaires », *Revue Africaine des Affaires Maritimes et des Transports*, juillet 2010, no 2, p. 53-57.

▪ **RICHER (L.)**, « Délégations de service public : les réformes de février 1995 », *AJDA*, 1995, p. 295-301.

▪ **RICHER (L.)**, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *AJDA*, 19 mai 2003, vol. 19, p. 973-975.

▪ **RICHER (L.)**, « La fin de la convention de délégation de service public », *AJDA*, 1996, p. 648-653.

▪ **RICHER (L.)**, « Premier cadrage jurisprudentiel de la concession de services », *Droit administratif*, 1 avril 2017, vol. 4, p. 34-38.

- **RICHER (L.)**, « Transposer c'est choisir », *Complément service public*, juillet 2014, p. 3.
- **RICHER (L.)**, « La fin des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 294-297.
- **RIDEAU (J.)**, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Annuaire français de droit international*, 1972, vol. 18, n° 1, p. 864-903.
- **RITLENG (D.)** et **THIEFFRY (P.)**, « Le financement du service public face au droit communautaire », *AJDA*, 17 mai 2004, vol. 19, p. 1011-1024.
- **ROBLOT-TROIZIER (A.)**, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA*, 1 septembre 2007, vol. 5, p. 990-1004.
- **ROCHER S. et SCHEID, (J.-C.)**, « Concessions : amortissement de caducité et provision pour renouvellement », *Gestion & Finances Publiques*, février 2010, n° 2, p. 159-159.
- **ROLLAND (L.)**, « La situation juridique des exploitants de mines », *RDP*, 1911, p. 731.
- **ROUSSEL (S.)** et **NICOLAS (C.),** « Le « mandat administratif » à son crépuscule », *AJDA*, 12 février 2018, p. 267-272.
- **ROUSSET (O.)**, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA*, 2002, p. 1059-1064.
- **ROUX (Ch.)**, « La "déqualification" des contrats de mobilier urbain : un nouveau recul dans l'exigence de publicité et de mise en concurrence des titres d'occupation domaniale », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 novembre 2013, vol. 6, p. 1403-1420.
- **SALAMAND (W.)**, « La lente disparition des spécificités du régime juridique des concessions d'aménagement », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 65-69.
- **SÉE (A.)**, « La résiliation du contrat administratif à l'initiative du cocontractant de l'Administration », *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 4 décembre 2014, vol. 49, p. 27-29.

▪ **SEILLER (B.)**, « Les limites de la simplification », *Les Petites Affiches*, 24 mai 2007, vol. 104, p. 28-35.

▪ **SESTIER (J.-F.)**, « La modification des contrats de concession », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 55-60.

▪ **SÉVILLE (H.)**, « Du risque d'exploitation réellement supporté par le délégataire du service public de transports urbains », *AJDA*, 25 juillet 2011, vol. 26, p. 1510-1514.

▪ **SEVINO (A.)** et **KLEIN (L.)**, « Marchés des concessionnaires d'autoroutes la fausse simplification opérée par la jurisprudence Peyrot », *AJDA*, 2012, p. 1268-1271.

▪ **SIMONNET (Y.)**, « Détermination de la valeur et de la durée des concessions », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 33-36.

▪ **SINKONDO (M. H.)**, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, 1 avril 1993, vol. 2, p. 239-262.

▪ **SIRINELLI (J.)**, « La transposition de la directive Services, l'expression d'une nouvelle approche de l'intervention publique en matière économique », *Revue du Droit public (RDP)*, 1 juillet 2011, vol. 4, p. 883-919.

▪ **SITBON (P.)**, « Choix du délégataire : que reste-t-il de l'intuitu personae ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juin 2010, vol. 100, p. 121-123.

▪ **SOLDINI (D.)**, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », 2010, n° 06, (coll. « RFDA »), p. 1114- 1123.

▪ **SUR (M.-Th.)**, « Services publics locaux, l'ouverture européenne », *AJDA*, 1990, p. 779-787.

▪ **SYMCHOWICZ (N.)** et **PROOT (Ph.)**, « De la mort des critères du contrat administratif à celle de la théorie du contrat administratif », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 juin 2010, vol. 100, p. 16-18.

▪ **SYMCHOWICZ (N.)**, « Contrats administratifs et mise en concurrence : la question des cessions », *AJDA*, 2000, p. 104-114.

▪ **SYMCHOWICZ (N.)**, « La notion de délégation de service public, critique des fondements de la jurisprudence « Préfet des Bouches-du-Rhône » », *AJDA*, 1998, p. 195-213.

- **SYMCHOWICZ (N.)** et **PROOT (Ph.)**, « Les DSP de réseaux câblés doivent être requalifiées en concession de travaux publics », *achatpublic.com*, p. 2005.
- **TABOUIS (A.)** et **HOURCABIE (A.)**, « Notion et régime juridiques de la délégation unilatérale de service public », *Contrats et Marchés publics*, 1 juin 2005, vol. 6, p. 5-13.
- **TERNEYRE (Ph.)**, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 20 juin 1996, vol. 6, p. 84-91.
- **TERNEYRE (Ph.)**, « La durée des contrats », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 276-279.
- **TERRAUX (M.)** et **FLOCCO (S.)**, « Les contrats mixtes : un inventaire à la Prévert ? », *Le Moniteur - Contrats publics*, 1 avril 2016, vol. 164, p. 27-32.
- **THIEFFRY (P.)**, « Compensation des charges de service public : Les contradictions du « paquet Almunia » », *AJDA*, 20 février 2012, vol. 6, p. 300-305.
- **TIROLE (J.)**, « Concessions, concurrence et incitations », *Revue d'économie financière*, 1999, vol. 51, n° 1, p. 79-92.
- **TOUTAIN (V.)**, « Des autorisations et des contrats portant concession d'éclairage », *Rev. gén. d'admin.*, 1882.
- **TRAN THIET (J.-P.)**, « La mise en concurrence en cas de délégation de service public », *Les Petites Affiches*, 30 novembre 2004, vol. 239, p. 32-35.
- **TRAORÉ (S.)**, « L'assujettissement des nouvelles "concessions d'aménagement" à l'obligation de publicité et de mise en concurrence », *Construction-Urbanisme*, 1 juillet 2005, vol. 7, p. 4-5.
- **UBAUD-BERGERON (M.)**, « La qualification des concessions en droit de l'Union », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2015, vol. 7, p. 24-26.
- **UBAUD-BERGERON (M.)**, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, 1 mars 2016, vol. 2, p. 218-226.
- **UBAUD-BERGERON (M.)**, Le cas de l'offre irrégulière en matière de concession de service, *Contrats et Marchés publics*, n° 11, novembre 2017, comm. 261.
- **VARASCHIN (D.)**, « De la concession en Espagne et en Italie », XIXe-XXe siècles », *Entreprises et histoire*, 1er avril 2002, n° 31, p. 54-70.

▪ **VILA (J.-B.)**, « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *JCP A*, 2 juillet 2012, vol. 26, p. 14-19.

▪ **VILA (J.-B.)**, « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », *Droit administratif*, novembre 2014, n° 11, étude 17.

▪ **VILA (J.-B.)**, « L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégations de services publics », *JCP A*, 21 mars 2016, vol. 11, p. 43-50.

▪ **VILA (J.-B.)**, « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », *AJDA*, 1 juin 2015, vol. 18, p. 1051-1058.

▪ **VILA (J.-B.)**, « Les règles applicables aux biens d'une délégation de service public (DSP) : méthodologie renouvelée du Conseil d'État », *JCP A*, 18 février 2013, vol. 8, p. 22-27.

▪ **VILA (J.-B.)**, « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du co-contractant », *Contrats et Marchés publics*, 1 mai 2010, vol. 5, p. 6-15.

▪ **ZIANI (S.)**, « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *Droit administratif*, 1 mai 2011, vol. 5, p. 19-25.

▪ **ZIMMER (W.)**, « Concessions de services et concessions de travaux », novembre 2011, n° 11, *Contrats et Marchés publics*, comm. 332.

2. ARTICLES ÉTRANGERS

▪ **ARCÀ (F.)**, « Le concessioni amministrative e i contratti pei pubblici servizi », *Reggio Calabria*, 1905.

▪ **FORTI (U.)**, « Natura giuridica delle concessioni amministrative », *Giurisprudenza italiana*, 1900.

▪ **RANELLETTI (O.)**, « Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte 1ª », *Giurisprudenza italiana, in Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1894.

▪ **RATTO (L.)**, « Conces. di acque pubbliche », *Legge*, 1893.

V. RAPPORTS, ÉTUDES, COMMENTAIRES

- **Conseil d'État**, Le principe d'égalité, Rapport public, EDCE, 1996.
- **Conseil d'État**, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public, EDCE, 2008.
- **Cour des comptes**, rapport au président de la république, 1998.
- **Cour des comptes**, Rapport d'activité annuel, 2003.
- **Cour des comptes**, Les transports publics urbains, 2005.
- **Cour des comptes**, Rapport d'activité annuel, 2008.
- **Cour des comptes**, Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, rapport commandé par la commission des finances de l'Assemblée nationale, 2013.
- **Cour des comptes**, Rapport d'activité annuel, 2014.
- **Conseil de la concurrence**, Avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, *BOCCRF* 2003, n° 7.
- **Commission du Sénat**, Rapport sur la loi du 11 juin 1880 sur les Tramways-vapeur.
- **Rapport Bouchery**, Assemblée nationale, décembre 1992.
- **Commission européenne**, Communication interprétative du 28 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, Journal officiel n° C 121 du 29/04/2000 p. 0002 – 0013.
- **Commission européenne**, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 15 novembre 2005 /* COM/2005/0569 final.

VI. CONCLUSIONS, NOTES ET COMMENTAIRES

- **BERGEAL (C.)**, conclusions de sous l'arrêt CE, 21 juin 2000, n° 212100, *SARL Plage « Chez Joseph » et autres*.

- **BLUM (L.)**, conclusions sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des Tramways*.
- **BORDEREAUX (L.)**, note sous « CE 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph* » *CJEG* 2000, 374.
- **BORDEREAUX (L.)**, note sous « CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var* », *Droit adm.*, 2001, n° 161.
- **BRENET (F.)**, « La portée des clauses d'indemnisation en cas de résiliation unilatérale ; note sous CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* », *Droit administratif*, 1 juillet 2011, vol. 7, p. 23-25.
- **CASSAS (D.)**, conclusions sur CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, AJDA, 2006, 2340.
- **CÉLÉRIER (Th.)**, conclusions sur la décision TA Lille 2 juillet 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 98640, *BJCP* n° 1, p. 72.
- **CHANTEPY (C.)**, conclusions sur CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune de Lambesc*, req. n° 168325, Rec. ; p. 137.
- **CHARDENET (M.)**, conclusions sur CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, p. 125-143.
- **DAVID**, conclusions sur T. confl., 8 février 1873, *Blanco*.
- **DE SOTO (J.)**, « Note au D », J 1950, p. 455.
- **DE SOTO (J.)**, « Note sous Conseil de Préfecture de la Seine, 24 décembre 1940 », 1942, D., n° 3, p. 111.
- **DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.)**, conclusions sur CE, 17 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et autres*, *RFDA*, 1987, p. 5.
- **ECKERT (G.)**, « Notion de risque d'exploitation », *Contrats et Marchés publics*, 1 juillet 2017, vol. 7, p. 15-18.
- **ECKERT (G.)**, note sous « CE, 10 mars 2006, Société Unibail Management », *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 15.
- **FENNELLY (N.)**, conclusions (18 mars 2000) sur CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*: Rec. CJCE 1998, I, p. 10745.

- **GEFFRAY (E.)**, « L'application aux contrats en cours de dispositions nouvelles sur la durée des contrats : Conclusions sur Conseil d'État, Ass., 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux (CGE) c/ Commune d'Olivet, req. n° 271737 et 271782 », *RFDA*, 1 mai 2009, vol. 3, p. 449-462.
- **GENTOT, (M.)**, Conclusions sur CE, sect., 26 novembre 1971, *SIMA*.
- **HAURIOU (M.)**, « Sur la nature juridique de l'opération de concession », note sous « CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême* »", S. 1904.3.81.
- **HAURIOU (M.)**, note sous « CE, 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice* », S. 1920, p. 25
- **HOEPFFNER (H.)**, « Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière. - À propos de l'avis de la section des travaux publics du Conseil d'État du 21 juin 2011 », octobre 2012, n° 10, *Contrats et Marchés publics*, p. étude 7.
- **HOSTIOU (R.)**, note sous « TA Poitiers, 2 mai 2002, *Préfet Charente-Maritime* c/ *Commune de Royan* », *Contrats marchés publ*. 2002, comm. 202.
- **JÈZE (G.)**, « L'équation financière dans la concession de service public, note sous « CE, 10 avril 1935, *Ville de Toulon* », *RDP*, 1935, p. 735.
- **JÈZE (G.)**, « Notes sous arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges », *RD publ*, 1914, p. 150.
- **JOSSE (M.)**, conclusions sur CE, 18 juillet 1930, *Compagnies P.L.M. et autres*.
- **KOKOTT (J.)**, conclusions (1er mars 2005) sur CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH* c/ *Gemeinde Brixen* et *Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *BJCP*, n° 43/2005, pp. 454-466.
- **LA PERGOLA (A.)**, Conclusions (19 février 1998) sur CJCE, 10 novembre 1998, CJCE, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96, Rec., p. I-6824-6870.
- **LEGER (P.)**, conclusions sur l'arrêt CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann*.

▪ **LLORENS (F.)**, « Que reste-t-il de la jurisprudence « Société d'équipement de la région montpelliéraine » et « Commune d'Agde » ? - À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 11 mars 2011 « Communauté d'agglomération du Grand Toulouse » », *Revue Juridique de l'Économie Publique*, Août 2011, n° 689, p. étude 4.

▪ **MADURO (P.)**, conclusions sur CJCE, 11 juillet 2006, *Fenin c/Commission*, aff., C-205/03P, présentées le 10 novembre 2005.

▪ **MESTRE (A.)**, note sous CE 1er mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, S. 1929. 76.

▪ **ODENT (R.)**, conclusions sur CE Sect. 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux*, D. 1944, J. 121

▪ **RAUNET (R.)** et **O. ROUSSET (O.)**, note sous « CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris* c/ *Société Stella Maillot-Orée du Bois* », *Dr. adm*., 1999, no 127.

▪ **ROMIEU (J.)**, conclusions de CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*.

▪ **ROMIEU (J.),** conclusions sur CE, 20 janvier, 1905, *Compagnie départementale des Eaux*, Rec., p. 60.

▪ **TERNEYRE (Ph.)**, « Marchés d'entreprise de travaux publics : marchés publics ou délégations de service public ? Note sous « CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* », *RFDA*, p. 718.

▪ **TIXIER (J.-L.)** et **TENAILLEAU (F.)**, note sous « TA Poitiers, 2 mai 2002, Préfet Charente-Maritime c/ Commune de Royan » *Dr. adm*. 2002, comm. 175.

VII. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

1. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

▪ Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, Rec. Cons. const. 1993, p. 14.

▪ Cons. const., 23 juillet 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* (*CMU*).

- Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Cahiers Cons. Const., n° 8.
- Cons. const s., 26 juin 2003, n° 2003-473 *DC relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, *AJDA* 2003, p. 1391.
- Cons. const., 30 novembre 2006, no 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie* : Rec. p. 120, JORF 8 décembre 2006, p. 18544, Cahiers Cons. Const., n° 12, p. 120.

2. Conseil d'État

2.1. Fonction juridictionnelle

- CE, 21 juin 1855.
- CE, 28 juin 1855.
- CE, 18 février 1858.
- CE, 13 juin 1860.
- CE, 17 mars 1864 *Paul Dupont*, D. 1864.III. 87.
- CE, 10 janvier 1873, *Dousset et Artigue*, Leb, p. 37.
- CE, 17 janvier 1873, *Jacquot*.
- CE, 8 février 1878, *Pasquet*, DE 1878, III, 59.
- CE, 15 juillet 1881, *Le syndic de la faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen c/ le département de Loir-et-Cher*, req. n° 55533 : Rec. CE p. 715.
- CE, 18 mai 1888, *Raoul c/ Commune de Villers-sur-Mer*, req. n° 65518, Rec. CE p. 455.
- CE, 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, S. 1891. III. 82.
- CE, 9 novembre 1895, *Ville de Paris*, Rec., p. 142.
- CE, 12 novembre 1897, *Société nouvelle du casino municipal de Nice*, Leb, 685, DP 1899. 3. 6.
- CE, 9 décembre 1898, *Compagnie du Gaz de Castelsarrazin* : Rec. CE 1898, p. 782.
- CE, 8 mars 1901, *Prévet et Cie,* S1902, 3, 73, note Hauriou.

- CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, S. 1902.
- CE, 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon* c/ *Ville d'Angoulême*, S. 1904.3.81.
- CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec., p. 94.
- CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux et services municipaux c/ Ville de Langres*, Rec. CE 1905, p. 55, concl. Romieu.
- CE, 13 mars 1905, *Fouché*.
- CE, 24 novembre 1905, *Ville de Paris contre Lazies*, Rec. Leb. 1905, p. 878.
- CE, 29 décembre 1905, *Sieurs B*. Rec. Leb. 1905, p. 1015.
- CE, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. 363.
- CE, 25 mai 1906, *Ministre du Commerce c/ Compagnie des Chemins de fer d'Orléans*, Leb., p. 766, S. 1908, III, p. 65, M. Hauriou.
- CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, Rec. p. 961, concl. Romieu.
- CE, 31 mai 1907, *Delplanque* : Rec., p. 1907, p. 514, concl. Romieu.
- CE, 9 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Leb 111, concl. Tardieu.
- CE, 23 juillet 1909, *Combret*.
- CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. CE 1910, p. 193.
- CE, 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*, Rec., 1910, p. 223.
- CE, 31 juillet 1912 *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. C.E. p. 909.
- CE, 19 décembre 1913, *Drapeyron* : Rec., p. 1280.
- CE, 30 mars 1916*, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* c/ *Ville de Bordeaux*, Rec. ; p. 125-143 ; *S*. 1916, III, 17 ; Notes Hauriou *III*, pp. 580-601.
- CE, 7 avril 1916 *Astruc et Société du théâtre des Champs-Élysées* c/ *ville de Paris*. Rec. 614.
- CE, 8 décembre 1916, *Labau*, Rec., p. 518.
- CE, 24 janvier 1919, *Clauzel*, Rec., p. 68.
- CE, 9 juillet 1920, *Compagnie française du Congo occidental et autres compagnies*, Rec., p. 676.

- CE, 23 juillet 1920, *Marianne*, Rec., p. 749.
- CE, 3 décembre 1920 *Fromassol, RDP*. 1921, p. 80.
- CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur* c/ *Époux Latanne et Brousse*, Rec. p. 573.
- CE, 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ Min. Marine et Ville de Toulon* : Rec. CE 1922, p. 521.
- CE, 7 mars 1923, *Société Hellenic Transport Streamship Company*, Rec, CE, p. 222.
- CE, 5 décembre 1923, *Sieur Schiaffino*, Rec. CE, p. 811.
- CE, 27 février 1924 *Commune de Morzine,* req. n° 71693 : Rec. CE p. 226.
- CE, 9 juillet 1924, *Société Le Secteur Électrique de la Vallée d'Auge* : Rec. CE 1924, p. 656.
- CE, 6 février 1925 *Demouchy*, Rec. CE 1925, p. 121.
- CE, 6 février 1925, *Gouverneur général Algérie* c/ *Demouchy :* Rec. CE 1925, p. 121.
- CE, 3 avril 1925, *Ville de Mascara*, Rec. Leb, p. 382.
- CE, 24 mars 1926, *Compagnie générale des eaux c/Ville de Lyon* : Rec. CE 1926, p. 327.
- CE, 5 novembre 1926, *Delpin et autres*.
- CE, 7 janvier 1927, *Triller*, S. 1927, 3, p. 22.
- CE, 9 décembre 1927, *Gargiulo*, Rec., 1198.
- CE 28 mars 1928, *Société L'énergie électrique de la Basse-Isère*, S. 1928. 3. 110.
- CE, 19 juin 1928, *Époux de Sigalas* c / *Société hydroélectrique du Palais*, Rec. CE 1928, p. 785 ; DP 1928, p. 49.
- CE, 7 juin 1929, Compagnie française câbles télégraphiques ; Rec., CE 1929, p. 564.
- CE, 18 juillet 1930, *Compagnies P.L.M. et autres*, *RD publ.* 1931. 141, concl. Josse.
- CE, 7 novembre 1930, *Guignard* : Rec., p. 627.
- CE, 7 novembre 1930, *Meunier* : Rec. CE 1930, p. 914.
- CE, 30 janvier 1931, *Société Brossette* : Rec. CE 1931, p. 123.
- CE, 19 février 1932, *Mélon*, Rec. CE 1932, n° 46.
- CE, 2 octobre 1932, *Lemaître* : Rec., p. 872.

- CE, sect., 12 mai 1933, *Compagnie générale des eaux c/ Ville de La Seyne*, Rec. CE 1933, p. 508.
- CE, 24 janvier 1934, *Société Ouenza*, DP 1936. 3. 56, note Ch. Blaevoët.
- CE, 9 février 1934, *Mabille* : Rec., p. 201.
- CE 23 novembre 1934, *Syndicat des contribuables de l'arrondissement d'Aix-en-Provence*, S. 1936. III. 20.
- CE, sect., 15 février 1935, S*ociété française de constructions mécaniques*, Rec. CE, p. 201.
- CE, 27 février 1935, *Société des eaux et du gaz de Courtenay* : Rec. CE 1935, p. 256.
- CE, 10 avril 1935, *Ville de Toulon* », *RDP*, 1935, p. 735.
- CE, 5 juillet 1935, *Commune de Reuill*y, Rec. CE 1935, p. 771.
- CE, 22 novembre 1935, *Chouard*, Rec., p. 1081, S. 1936. III. 9, note R. Bonnard.
- CE, 19 juin 1936, *Cromeck*, Rec., p. 672.
- CE, 19 juin 1936, *Société bacs à vapeur Seine-Maritime* : Rec., p. 673, concl. Josse.
- CE, 30 octobre 1936, *Sibille*, Rec., p. 936.
- CE, sect., du 18 décembre 1936, *Prade*, Rec. 1124 ; D. 1938.370.
- CE, 23 juillet 1937, *Société* "*Le Centre électrique*" : Rec. CE 1937, p. 772.
- CE, 13 mai 1938 - *Caisse primaire* "*Aide et protection*"- Rec. Leb, p. 41.
- CE, 17 juin 1938, *Le Tournir* : Rec. CE 1938, p. 554.
- CE, 11 janvier 1939, *Établissements Luteraan*, Rec., p. 11.
- CE, 24 décembre 1940, Société générale française de publicité et d'édition, Con de Préf. De la Seine, D.C, 1942, Juris, p. 111.
- CE, 18 avril 1942, *Société autocars rouges* : Rec., p. 263.
- CE, 23 mai 1942, *Vésinet*, rec. p. 591.
- CE, 31 juillet 1942, *Société X* : Rec. CE 1942, p. 241.
- CE, Sect. 5 mars 1943, *Compagnie générale des eaux*, D. 1944, J. 121.
- CE, 21 janvier 1944, *Sieur Léoni*, Rec., p. 26 ; *RDP*, 1944, note Jèze.
- CE, 8 mars 1944, *Commune de Balaguères*, Leb., p. 80.

- CE, 26 avril 1944, *Dejan et Fournier et autres* : Rec. Leb, 1944, p. 386.
- CE, 17 novembre 1944, *Ville d'Avallon /Sieur Fointiat*, req. n° 71830-75072, Rec, CE 1944, p. 294.
- CE, 3 janvier 1947, *Société d'Entreprise générale de distribution et de concession d'eau et de gaz et de travaux publics* : Rec., 1947, p. 648.
- CE, 19 mars 1948, *Société « Les amis de l'opérette »,* Rec., p. 142.
- CE, 14 avril 1948, Ministre des Armées c/Société Générale d'entreprises, Rec., p. 159.
- CE, sect., 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. CE, p. 505.
- CE, 15 décembre 1950, *Mathiot* : Rec. CE 1950, p. 812.
- CE, 26 janvier 1951, *SA minière* : Rec., p. 49.
- CE, 25 avril 1951, *Pépin* : Rec. CE 1951, p. 212.
- CE, sect., 11 janvier 1952, *Association des parents d'élèves enseignement libre Seine-et-Oise :* Rec. CE 1952, p. 26.
- CE, 22 février 1952, *Société pour l'exploitation des procédés Ingrand*, Rec., Leb. p. 130.
- CE ,12 mars 1952, *Commune de Saugues*, Rec., p. 159.
- CE, 28 mars 1952, *David*, Rec., p. 201.
- CE, 28 mai 1952, *Commune de Sainte-Barbe*, Rec. CE 1952, p. 282.
- CE, 24 février 1954, *Secrétariat d'État à la production industrielle c/ Société des ateliers de construction Schwartz-Haumont* : Rec. CE 1954, p. 125.
- CE, sect., 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain* : Rec., p. 342.
- CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, rec. p. 379.
- CE, 29 octobre 1954, *Prudot* : Rec. CE 1954, p. 567.
- CE, 12 juillet 1955, *Ville de Puteaux* : *RD publ*. 1956, p. 413.
- CE, 4 novembre 1955, n° 93526 et n° 93537, *Société transatlantique aérienne*.
- CE, 19 mars 1956, *Jean dit François Rolland Nouvelles* : Rec. CE 1956, p. 130.
- CE, sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin* : Rec., p. 167.

- CE, sect., 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*, req. n 33961.
- CE, sect., 11 mai 1956, *Société française des transports Gondrand frères* : Rec., p. 202.
- CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec., Leb*, p. 434.
- CE, 9 janvier 1957, *Daval*, *AJDA* 1957, II, p. 9, concl. Laurent.
- CE, 20 mars 1957, *Société des Établissements thermaux d'Ussat-les-Bains* : Leb, p. 182.
- CE, 29 avril 1957, *Électricité d'Algérie*, R 269.
- CE, 27 mai 1957, *Artaud* : Rec., p. 350.
- CE, 11 décembre 1957, *Buffière* : Rec. CE, p. 666.
- CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* : Rec. CE 1958, p. 246.
- CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, Leb. 246, *AJ*, 1958.II.282, concl. J. Kahn.
- CE, 22 mai 1958, *Compagnie centrale travaux publics* : Rec., p. 290.
- CE, 1er octobre 1958, *Hamiot* : Rec. CE 1958, tables, p. 906.
- CE, 1er juillet 1959, *Ministre des Affaires étrangères* : Rec., p. 477.
- CE, 8 janvier 1960, *Lafon*, Rec. 1960, p. 15.
- CE, 1er avril 1960, *Guanter* : Leb, p. 249 ; S. 1960. J. 239, note Sirat.
- CE, 23 mai 1958, *Amoudruz*, Rec. 301.
- CE, 4 octobre 1961, *Mme Verneuil*, Rec, 533.
- CE, 23 mai 1962, *Ministre des Finances*, n° 41178, Rec. p. 342.
- CE, 5 juillet 1962, *Entreprise Leclerc* : Rec., p. 463.
- CE, 19 décembre 1962, *Louve* : Rec., p. 695.
- CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombes*, *RDP* 1963, p. 724.
- CE, sect., 20 novembre 1964, *Ville de Carcassonne*, Rec., p. 573.
- CE, 14 décembre 1964, *Commune de Moins*, Rec., t. 937.

- CE, 8 janvier 1965, *Da Fonseca* : Rec., p. 7.
- CE, 2 mai 1965, n° 64921.
- CE, 16 mars 1966, n° 65551, *Société eaux de Marseille* : Rec. CE 1966, p. 1019.
- CE, 23 mars 1966, *Société Otis-Lifre* : Rec. CE 1966, p. 231.
- CE 20 mai 1966, *Hautbois*, rec. p. 346.
- CE, 6 juillet 1966, *Société du Théâtre Marigny* : Rec. CE 1966, p. 448.
- CE, 6 janvier 1967, *Époux Berthot* : Rec. 1967, p. 2.
- CE, 5 juillet 1967, *Commune de Donville-les-Bains*, Rec. CE 1967, p. 297.
- CE, 22 novembre 1967, *Société générale technique*, req. n° 67433 : Rec. CE p. 859.
- CE, 13 décembre 1967, *Chantemerle* : Rec., p. 849.
- CE, 24 avril 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, req. n° 7018.
- CE 19 février 1969, *EDF* c/ *Entreprise Pignetta et Repetti*, Rec., p. 107.
- CE, 28 janvier 1970, *Philip-Bingisser et Couston-Bouchet* : Rec. CE, p. 58.
- CE, 10 avril 1970, *Beau et Lagarde*, Rec., p. 243.
- CE, 9 décembre 1970, *Syndicat intercommunal pour l'utilisation des décharges contrôlées dans la région de Montmorency et Entreprise Fayolle et fils*, Rec., p. 741.
- CE, sect., 11 décembre 1970, *Société des Établissements Sonauto et autres*, Rec., p. 748.
- CE, sect., 29 janvier 1971, *Emery et autres*, Rec., p. 80.
- CE, 24 février 1971, *Commune de Saint-Maure-de-Touraine* : Leb, p. 155 ; RDP 1971. 1348.
- CE, 10 mars 1971, *Sieur Martin*, R, p. 199.
- CE, sect. 19 mars 1971, *Mergui*, Rec. CE 1971, p. 235, concl. M. Rougevin-Baville.
- CE, sect., 2 juillet 1971, *Société nationale des chemins de fer français* c/ *M. et Mme Le Piver et autres*, Rec., p. 504.
- CE, sect., 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération* (SIMA), Rec. p. 723.

- CE, sect., 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques et de récupération* (SIMA), *AJDA* 1971, 673 ; *RDP* 1972, p. 239.
- CE, 21 juillet 1972, n° 78563, *Société "Entreprise Ossude*" : Rec. CE 1972, p. 562.
- CE, sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, Rec. CE 1973, p. 48.
- CE, 12 mai 1965, *Azeau* : Rec., p. 272 ; CE, 2 février 1973, *Drilleau* : Rec., p. 93.
- CE 6 juillet 1973, *Société Recimpex*, Rec., p. 480.
- CE, 12 octobre 1973, *Commune de Saint-Brévin-les-Pins*, Rec. Leb p. 567.
- CE, 17 octobre 1973, *Commune Lahoy* et *Commune Hem* : Rec., tables, p. 1134.
- CE 5 avril 1974, *Allieu*, Rec. Leb. p. 216.
- CE 3 mai 1974, *Flesch*, Rec., p. 259.
- CE, sect., 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Compagnie*, Rec. CE 1974, p. 310.
- CE, Ass, 18 octobre 1974, *Veuve Rodet*, Rec., p. 494.
- CE 14 février 1975, *Merlin*, Rec., p. 109.
- CE, Sect., 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, Rec., p. 325.
- CE, sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* : Rec. CE 1975, p. 326 ; D. 1976, p. 3.
- CE, 9 juillet 1975, *Sieur Félix-Faure*, Rec. CE 1975, p. 411.
- CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*, Rec. CE 1976, p. 11.
- CE, sect., 18 juin 1976, *Dame Culard*, n° 96762, Leb, 319.
- CE, 6 octobre 1976, *Durandeau* : Rec. CE 1976, p. 806.
- CE, 22 juillet 1977, *Syndicats Intercommunaux étude, usine incinération agglomération caennaise* : *Dr. adm.* 1977, comm. 320.
- CE, 3 mars 1978, *SIVOM assainissement vallées Cubry*, : Rec. tables, p. 815.
- CE, 4 octobre 1978, *Société marseillaise de crédit*, 03471.
- CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401.

- CE, 10 mai 1979, *Ministre de l'Équipement et de l'Aménagement du Territoire* c/ *S.A. "Jeanne d'Arc"*, p. 364.
- CE, 19 octobre 1979, Société « *Difamelec au roy de la télévision* », Rec. Leb. T. p. 909.
- CE, 28 novembre 1979, *Maingaud* : Rec. CE 1979, tables, p. 734.
- CE 30 novembre 1979, *Ville de Joeuf*, req. n° 02651, Rec., Leb. T. p. 909.
- CE, 30 mai 1980, n° 12016, *Société piscine Dame blanche :* Rec., 1980, p. 257.
- CE, 14 octobre 1980, n° 327449 : GACE 198, p. 148.
- CE, 21 novembre 1980, *Syndicat intercommunal d'organisation de la station de sport d'hiver de Peyresourde-Balestas*, n° 01458-089.
- CE, sect. 19 décembre 1980, *Revillod et a.*, Rec., 479 ; concl. B. Genevois.
- CE, sect., 18 décembre 1981, *Ministre des Relations extérieures* c/ *Pelaz et autres*, Rec., p. 481.
- CE 24 février 1982, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment et autre*, req. n° 31581, Leb ; 87.
- CE, 7 mai 1982, n° 19358, *Société Sogeparc-Paris* : Rec., 1982, p. 669.
- CE, 3 novembre 1982, n° 28567, *Forma*, n° 1982-042409 ; RDP 1983, p. 1424.
- CE, 10 décembre 1982, *Loiselot,* n° 22856.
- CE, 28 janvier 1983, *Mme Johnston*, req. n° 15093, Leb. 28 ; *Rev. crit. DIP* 1985. 316, concl. Franc.
- CE, 2 février 1983 *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. CE 1983, p. 33.
- CE, 18 février 1983, *Société française du tunnel routier du Fréjus et autres*, n° 16913 17009.
- CE, 15 juin 1983, *Association Ouest Varoise*, n° req. 23325, p. 719.
- CE, 30 septembre 1983, *SARL Comexp*, 26611, Rec., 393.
- CE, 27 juillet 1984, n° 36465, *Association maison de la culture Nanterre* : Rec. CE 1984, p. 299.

- CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat - Crédit foncier de France*, Rec. CE 1985, p. 141.
- CE, 6 mai 1985, *Office public d'HLM d'Avignon c/ Guichard et autres*, *RD publ.* 1985, p. 1706.
- CE, Ass., 6 mai 1985, *Association Eurolat c/Crédit foncier de France*, Rec. CE 1985, p. 141.
- CE, 8 juillet 1985, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, Rec. 246, RFDA 1986.231, concl. Dandelot.
- CE, 8 novembre 1985, *Entreprise Ozilou*.
- CE, 27 décembre 1985, *Silvestre et Rosazza*.
- CE, Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, Rec. CE, p. 97, RD publ. 1986, p. 847.
- CE, 17 décembre 1986, *Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers*, Rec., p. 359.
- CE, Ass., 2 février 1987, *Société TV6*, Rec. CE 1987, p. 29.
- CE, 3 juin 1987 *Société nîmoise de tauromachie et de spectacle*, req. n° 56733.
- CE, sect., 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement, Commune Aubagne et autres*. : *RFDA* 1988, p. 395.
- CE, 2 décembre 1987, *Compagnie Air Inter*, Rec. Leb. p. 393.
- CE, 11 décembre 1987, Boulacheb : D. 1988, p. 209.
- CE, 20 janvier 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid* : Rec. CE 1958, p. 29.
- CE 18 mars 1988, *Société civile des Néo-Polders*,
- CE, 18 mars 1988, *Loupias et autres c. Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 69723. Leb, tables, p. 668.
- CE, 15 avril 1988, *Entreprise Hypotra* ; n° 52618, *RDP* 1988, p. 1428.
- CE, 18 mai, 1988, *Société Monin ordures services*, n° 67294.
- CE, 10 octobre 1988, *SA Sobea* et autre, n° 68583.
- CE, 9 novembre 1988, *Commune de Piseux* c/ *M. et Mme Dulière*, req. n° 79694 : *Rec., Leb*, 397.

- CE, 16 novembre 1988, *Commune d'Arcachon*, req. n° 60584, Leb. T. 823.
- CE, 9 décembre 1988, *Société Les téléphériques du massif du Mont-Blan*c, req. n° 92211, Leb, 438.
- CE, 15 février 1989, *Dechaume*, req. no 48447, *RFDA* 1990. 231.
- CE 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*, req. n° 79532.
- CE, 26 mai 1989, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 45158.
- CE, sect., 27 juillet 1990, *ministre de l'Agriculture* c/ *Beaufils*, *AJDA* 1990, p. 917.
- CE, 25 mars 1991, *Copel*, *CJEG* 1993, p. 238, concl. Abraham.
- CE 21 septembre 1992, *Commune Bagnols-sur-Cèze*, Rec., p. 1105.
- CE, 16 décembre 1992, *SA International Décor* : Rec., p. 1101.
- CE, Ass., 3 mars 1993, *Association des amis de la forêt de Saint-Germain et de Marly et a.* : *AJDA*, 1993, p. 340.
- CE, 23 juillet 1993 *Compagnie générale des eaux*, Rec. 225 ; *RFDA* 1994. 252.
- CE, 9 février 1994, n° 126485, *Société autoroutes Paris-Rhin-Rhône* ; Rec. CE 1994, p. 63.
- CE, 8 juin 1994, *Société Codiam* ; Rec., p. 294.
- CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, req. n° 141633, *RFDA* 1994, p. 728, concl. Lasvignes.
- CE, 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai*, Rec. ; p. 807.
- CE, 6 janvier 1995, *Syndicat national des personnels techniques administratifs et de service de l'équipement CGT*, Rec., p. 5.
- CE, 6 janvier 1995, *Ville de Paris* : Leb, p. 3.
- CE 10 mars 1995, *Association des pilotes professionnels français*, rec. p. 645.
- CE, 29 décembre 1995, *GIE Penamax*, *Société métallurgique et nickel SLN*, n° 149463.
- CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône* c/*Commune de Lambesc*, req. n° 168325, Rec. ; p. 137.

- CE, 10 juillet 1996, *Cayzeele*, n° 138536, Rec. 274 ; *AJDA* 807.
- CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du Mont-Blan*c ; *AJDA* 1996, p. 788.
- CE, 14 mars 1997, *Préfet des Pyrénées-Orientales ;* n° 170319, Concl., G. Le Chatelier.
- CE, 4 avril 1997, *Ledoyen*, n° 137065.
- CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société SAGIFA*, req. n° 147602.
- CE, 13 juin 1997, n° 167907, *Société de transports pétroliers par pipeline* ; Rec., 1997, p. 230.
- CE, 9 juillet 1997, *CPAM Maubeuge et a.* : Rec., tables, p. 1039-1072.
- CE 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, Rec., p. 393, concl° J.-H. Stahl.
- CE, 3 novembre 1997, n° 169907, *Société Million et Marais, Société Intermarbres, Société Yonne funéraires* ; Rec. CE 1997, p. 406, concl. Stahl.
- CE, Ass., 6 février 1998, *M. Tête et association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, req. n° 138777, 147424 et 147425, *AJDA* 1998.403.
- CE 30 décembre 1998, *Entreprise Chagnaud SA*, Rec., T. p. 721.
- CE, 8 février 1999, *Ville de Montélimar*, n° 168535 ; Rec. CE 1999, tables, p. 883.
- CE, 12 mars 1999, n° 186085, *Ville de Paris* c/ *Société Stella Maillot-Orée du Bois*, *BJCP* 1999, p. 433.
- CE, 12 mars 1999, *SA Méribel*, R. 61, *BJCP* 199.444 concl. C. Bergeal.
- CE, 15 mars 1999, req, n° 199889, *Union des Mutuelles de la Drôme*. *RFDA* 2002, p. 350.
- CE, 15 mars 1999, *Union mutuelles Drôme*, n° 199889, *RFDA* 2002, p. 341, note F. Lichère.
- CE, 7 avril 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *BJCP* 1999, p. 460, concl. C. Bergeal.
- CE, 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac*, n° 155825.
- CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères Centre-ouest Seine-et-Marnais* (*SMITOM*), Rec. CE 1999, p. 229 ; *AJDA* 1999, p. 714, concl. C. Bergeal.

- CE, 19 novembre 1999, *Tegos*, req. n° 183648, Leb. 356, concl. J. Arrighi de Casanova.
- CE, 17 décembre 1999, n° 179098, *Société Ansaldo industria et SA Bouygues*, Leb, 423.
- CE, 22 mars 2000 n° 207804, *Époux Lasaulce.*
- CE, 29 mai 2000, n° 204239, *SCP d'architectes Legleye* ; Rec., CE 2000, p. 190.
- CE 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph* : Rec., p. 282 ; D. 2001. 733, concl. C. Bergeal.
- CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* : n° 212054 ; Rec., p. 422.
- CE, 29 novembre 2000, n° 205143, *Commune de Païta*.
- CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy et autres*, Rec., Leb, 2000 p. 607.
- CE 20 décembre 2000, *CCI du Var*, req. n° 217639 : Rec., p. 1089.
- CE, 15 juin 2001, *SIAEP Saint-Martin-de-Ré*, n° 228856 ; Leb, p. 265.
- CE, 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul*, n° 193716.
- CE, 26 septembre 2001, n° 204575, *Département du Bas-Rhin* : Rec. CE 2001, p. 434.
- CE, 19 octobre 2001, *Syndicat intercommunal de Guzet-Neige*, *BJCP* 2002, no 21, p. 115, concl. Piveteau.
- CE, 29 avril 2002, n° 240272, *Société Apsys international* : Rec., 2002, p. 159.
- CE, 28 mai 2003, *APHP* : *BJCP* 2003, n° 30, p. 385.
- CE, 28 mai 2003, *Assistance publique*, *Hôpitaux de Paris*, n° 248429.
- CE 3 octobre 2003, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 248523, Rec., p. 633.
- CE, 27 février 2004, *Commune de Morzine* : Rec. CE 2004, p. 226.
- CE 17 mars 2004, *Ville d'Aix-en-Provence,* n° 243141.
- CE, 3 mai 2004, n° 249 832, *Fondation assistance aux animaux* ; *BJCP* 2004, p. 464, concl. E. Glaser, obs. Ch. Maugüé.
- CE, sect., 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154.
- CE, 12 janvier 2005 *Sarl Revnor*, n° 264752.

- CE, 4 avril 2005, *Commune de Reichshoffen*, n° 258543.
- CE, 8 juin 2005, M. *Tomaselli*, *Commune de Ramatuelle*, req. n° 255987 et 256200 : Rec. 875.
- CE, Ass., 4 novembre 2005, n° 247298, *Société Jean-Claude Decaux* ; Rec., p. 2005, p. 476.
- CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management* ; n° 284802, *Contrats marchés publ*. 2006, comm. 151.
- CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, n° 288465, n° 288474, n° 288485, *Société KPMG et a.* ; Rec. CE 2006, p. 154 ; concl. Y. Aguila.
- CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, Rec., 2006, p. 948, *BJCP* 2006, p. 268.
- CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531 ; Rec. CE 2006, p. 272.
- CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Giers*, *AJDA* 2006, p. 1781, note L. Richer.
- CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, AJDA, 2006, 2340.
- CE, Ass., 13 décembre 2006, *Madame Lacroix*, n° 287845, rec. p. 540.
- CE, Sect. 6 avril 2007 *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec., req. n° 284736.
- CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation* ; Rec. CE 2007, p. 360, concl. D. Cassas.
- CE, 26 septembre 2007, n° 259809, *Département du Gard*, *BJCP* 2007, p. 457, concl. N. Boulouis.
- CE, 21 décembre 2007, n° 293260, n° 293261, n° 293262 et n° 293263, *Région Limousin* ; publié au Recueil Leb, ; *AJDA* 2008, p. 481.
- CE, 8e et 3e ss-sect., 14 janvier 2008, *Société Sogeparc France* n° 297541, *Dr. fisc.* 2008, n° 11, comm. 207.
- CE, 10 février 2008, *OPHLM Var* : *AJDA* 2008, p. 1734.
- CE, 11 juillet 2008, *Office public départemental de HLM du Var, Generali France*, req. no 285651, AJDA 2008. 1734.
- CE, 7 août 2008, *SA de Gestion des Eaux de Paris*, req. no 289329, Rec., T. p. 956.

- CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, Rec., tables p. 805, concl. N. Boulouis.
- CE, 8e et 3e ss-sect., 11 décembre 2008, n° 309427, *S.A. hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *Dr. fisc*. 2009, n° 17, comm. 290, concl. L. Olléon.
- CE, 17 décembre 2008, *Syndicat intercommunal de gestion et d'aménagement de Superbagnères*, n° 296819.
- CE, 1er avr. 2009, n° 323585, *Communauté urbaine de Bordeaux et société Kéolis* : *Rec*. CE 2009, p. 110.
- CE, Ass., 8 avril 2009, n° 271737 et n° 271782, *Compagnie Générale des Eaux et commune d'Olivet*, concl. Geffray.
- CE, sect., 8 avril 2009, n° 290604, *Assoc. Alcaly* : Rec. CE 2009, p. 112.
- CE, 3 juin 2009, n° 323594, *Société Aéroports de Paris* ; n° 323594, *Contrats-Marchés publ*. 2009, comm. 268.
- CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement-santé*, n° 298641, *CP-ACCP* janvier 2010, p. 32, notes, G. Le Chatelier.
- CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille c/ Société Nigel Bueguesse Ltd* ; *Rec*. CE 2009, tables p. 890 ; *RJEP* 2010, comm. p. 17.
- CE, 10 juin 2009, n° 317671, *Port autonome de Marseille* ; Rec., Leb, 2009, tables, p. 890.
- CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, req. no 297509, Leb, ; *AJDA* 2009. 1226.
- CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne* : n° 324156 ; mentionné aux tables du Recueil Leb.
- CE, 7e et 2e ss-sect. 11 août 2009, *Société Maison Comba* ; n° 303517, *BJCP* 2009, p. 470, concl. B. Dacosta.
- CE, 30 septembre 2009, *Société autoroutes Rhône-Alpes*, req 326424.
- CE, 14 décembre 2009, *Commune de La Roche-sur-Yon*, n° 325830 ; *BJCP* 2010, p. 98, concl. B. Dacosta
- CE, 23 décembre 2009, n° 328827, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles* : n° 2009-017405.

- CE, Ass., 28 décembre 2009, req. n° 304802, *Commune de Béziers*, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, *AJDA* 2010. 142.
- CE, 8 février 2010, *Commune de Chartres*, n° 323158, Rec. CE 2010, tables ; *BJCP* 2010, p. 208, concl. B. Dacosta.
- CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n° 301116.
- CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèz*e, n° 306911.
- CE, 5 mai 2010, *Bernard*, n° 301420.
- CE, 21 mai 2010, n° 334845, *Commune de Bordeaux* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 259, note Eckert.
- CE, 18 juin 2010, n° 336120 et n° 336135, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie*.
- CE, 23 juillet 2010, *Mme Montravers, Société ès qual. de Neville Foster Delaunay Belleville*, req. n° 320188.
- CE, 27 octobre 2010, n° 318617, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, AJDA 2010. 2076 ; AJCT 2011. 33, obs. G. Le Chatelier.
- CE, Sect., 10 novembre 2010, n° 314449, n° 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*.
- CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement* (FARE), no 318342.
- CE, sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, *Association Paris Jean Bouin*, *Société Paris Tennis*, req. n° 338272 ; Rec. 2010 ; *AJDA* 2010. 2343.
- CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, req. n° 332136, *AJDA* 2011. 72 et 665.
- CE, 19 janvier 2011, n° 341669, *CCI Pointe-à-Pitre*.
- CE, 19 janvier 2011, req n° 323924, *Commune de Limoges* ; *AJDA* 2011, p. 616, note Dreyfus.

- CE 11 mars 2011, n° 330722, *Communauté d'agglomération du grand Toulouse*, *Société d'économie mixte de Colomiers*, Leb, T ; *AJDA* 2011. 534 ; AJCT 2011. 238, obs. O. Didriche.
- CE, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806.
- CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols et Le Vigan*, n° 334280, Rec. CE 2011.
- CE, 23 mai 2011 *Commune Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *AJDA* 2011, p. 1515.
- CE, 23 mai 2011, *Département de la Guyane*, n° 314715, *AJDA* 2011, p. 1564.
- CE, 8 juin 2011, n° 318010, *Port autonome de Marseill*e, Leb. 923 ; *AJDA* 2012. 770, note A. Rabier.
- CE, 9 décembre 2011, n° 342283, *Commune d'Alès* : *BJCP* 2012, p. 113, concl. N. Boulouis.
- CE 23 décembre 2011, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348, *AJDA* 2012. 726.
- CE, 23 décembre 2011, *Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, req. n° 340348, *AJDA* 2012, p. 726.
- CE, 19 mars 2012, *Société groupe Partouche*, n° 341562, *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 157.
- CE, 14 mai 2012, *Madame Gilles contre Société d'Exploitation Sport Évènements et Ville de Paris*, req. n°3836.
- CE, 13 juillet 2012, n° 347073, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les verts des Pays-de-la-Loire, Association*.
- CE, 13 juillet 2012, n° 355616, *Compagnie méridionale de navigation, Société nationale Corse Méditerranée, Leb* 282 ; *AJDA* 2012. 1428.
- CE, 19 décembre 2012, *SARL Labhya* c/ *Département de l'Aveyron* : n° 354873
- CE, 19 décembre. 2012, *Société AB Trans*, n° 350341.
- CE, Ass., 22 décembre 2012, *Commune de Douai*, req. n.° 342788, *BJCP* 2013, p. 136, concl. B. Dacosta.
- CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043
- CE, 15 mai 2013, n° 364593, *Ville de Paris* ; *BJCP* 2013, p. 359, concl. B. Dacosta.

- CE, 6 novembre 2013, *SARL Rapidépannage 62*, n° 363963.
- CE, 5 février 2014, n° 371121, *Sociétés Equalia et Polyxo*, n° 371121.
- CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France, Société Idex Energies et Société CDC Infrastructure* ; n° 373159, *BJCP* 2014, p. 292, concl. G. Pellissier.
- CE, 7 mars 2014, n° 372897, *CHU – Hôpitaux de Rouen* ; *Contrats marchés publ*. 2014, comm. 151.
- CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne* ; Rec. CE 2014, p. 70, concl. B. Dacosta.
- CE, 4 juin 2014, n° 368895, *Commune d'Aubigny-les Pothées* ; Rec. CE 2014.
- CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke location*, n° 370644, *AJDA* 2014. 1975.
- CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *Société Autoroutes du Sud de la France* c/ *Société Garage des Pins*, *AJDA* 2014 p. 2479.
- CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *Société Autoroutes du Sud de la France* c/ *Société Garage des Pins*, *AJDA* 2014 p. 2479.
- CE, 14 novembre 2014, n° 374557, *société des Autoroutes du Sud de la France*.
- CE, 14 novembre 2014, no 373156, *Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville* (*SMEAG*).
- CE, 3 décembre 2014, n° 384170, *Établissement public Tisseo* ; mentionné aux tables du Recueil Leb.
- CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 ; *JCP A* 2015, p. 2030.
- CE, 13 février 2015, n° 373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal c/ Société Numéricable* : *AJDA* 2015, p. 671.
- CE, 27 février 2015, n° 357028, *Commune de Béziers*, *Contrats-Marchés publ*. 2015, comm. 101.
- CE, 27 mars 2015, *Société Titaua limited compagny*, n° 361673.
- CE, 4 mai 2015, *Société Domaine Porte des neiges*, n° 383208, *JCP A* 2015, act. 444.
- CE, 12 novembre 2015, *Société Le jardin d'acclimatation*, n° 387660.
- CE 26 février 2016, *Société Jenapy 01*, req. n° 389258.

- CE, 26 février 2016, *Syndicat mixte de chauffage urbain de La Défense* (*SICUDEF*), n° 384424.
- CE, 30 juin 2016, *Syndicat des compagnies aériennes autonome*, n° 393805.
- CE, 17 octobre 2016, *Commune de Villeneuve-le-Roi*, n° 398131.
- CE, 9 décembre 2016, *Commune de Fontvieille*, n° 396352 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 52.
- CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157.
- CE, 3 mars 2017, *Société Leasecom*, n° 382446, à publier aux tables du Recueil Leb.
- CE, 3 mars 2017, *Commune de Clichy-sous-Bois*, n° 398901.
- CE, 24 mai 2017, *Société Régal des Iles*, n° 407213.
- CE, 24 mai 2017, *Syndicat intercommunal à vocation unique* (*SIVU*) *de la station d'épuration du Limouxin*, req., n° 407264.
- CE, 18 septembre 2017, *Ville de Paris* ; n° 410336.
- CE 26 janvier 2018, *Société Var Auto*, n° 409618.
- CE, 5 février 2018, *Ville de Paris, Société des Mobiliers Urbains pour la Publicité et l'Information*, n° 416579, n° 416585, n° 416640, n° 416711, n° 416581, n° 416641.
- CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, req. n° 409972.
- CE, 4 avril 2018, *Ministre de la transition écologique et solidaire*, req. n.° 414263.
- CE, 25 mai 2018, *Société Philippe Vediaud publicité*, n°416825.

2.2. Fonction consultative

- CE, avis, 27 octobre 1977, n° 320964 : EDCE 1977, n° 29, p. 240.
- CE, sect. Int., Avis, 14 octobre 1980, *AJDA* 1980. 193 ; *EDCE* 1980, p. 196
- CE, sect. Int., Avis, 7 avril 1987, n° 341356, GACE, p. 261.
- CE, avis, 7 juillet 1987, Les grands avis du Conseil d'État : *Dalloz*, 1997, 1re éd., n° 24.

- CE, Section des Travaux publics, Avis, 9 mars 1995, n° 35931 ; Rapport public 1995, p. 399.
- CE, Section des Travaux publics, avis adm., 20 février 1996, n °358595.
- CE, avis, 16 septembre 1999, n° 362908, *BJCP* n° 10, 2000, p. 199.
- CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208 ; Rec., p. 492.
- CE, avis, 16 mai 2001, *Joly et Padroza*, *AJFP* 2001, n° 5, p. 4, concl. P. Fombeur ; *RD publ.* 2001, p. 1513.
- CE, Ass., avis du 16 mai 2002 req. n° 366305, *EDCE* 2003, p. 202.
- CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin* ; n° 246921.
- CE, avis, Ass. gén., 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315.
- CE, avis no 371.234, Section des travaux publics, 19 avril 2005, EDCE n° 57/2006, pp. 197-202.
- CE, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234.
- CE, section des Travaux publics, avis, 19 avril 2005, req. n° 371234.
- CE, avis, 19 avril 2005, n° 371234, *AJDA* 2006. 1371.
- CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371234.
- CE, avis, 16 mars 2010, *Dr. adm*. 2011, com. 83, obs. P. Proot.
- CE, Ass., avis, 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, Rec., Leb. p. 126.
- CE, Ass., avis cont., 29 avril 2010, n° 323179 ; Rec. CE 2010, p. 126 ; *AJDA* 2010, p. 1642.
- CE, sect. trav. publ., avis, 21 juin 2011, n 385183 ; H. Hoepffner, *Contrats marchés publ*. 2012, étude 7.
- CE, avis, 11 avril 2012, n° 355446, Société Gouelle ; Rec. CE 2012, p. 148.

3. COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

3.1. Bordeaux

- CAA Bordeaux, 10 mars 1994, *Sarl Société d'aménagement et d'exploitation du ruisseau des ondes* (*Saecro*), n° 90BX00645, 90BX00646 et 90BX00655.
- CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, *Société auxiliaire de parcs.*
- CAA Bordeaux, 10 décembre 2002, n° 99BX00120, *Préfet de la Réunion*.
- CAA Bordeaux 27 avril 2004, *Ville de Toulouse*, req. n° 00BX01587, Rec. T., *BJCP* n° 36, p. 392.
- CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, n° 01 BX00381, *Sodegis* c/ *Commune de Cilaos*, *BJDU* n° 1/2005, p. 28.
- CAA Bordeaux, 6 décembre 2005, n° 02BX01222, *Communauté agglomération Grand Angoulême*.
- CAA Bordeaux, 7 mars 2006, *SARL Régie 5*, n° 02BX01110.
- CAA Bordeaux, 1er avril 2008, *Gérard Thiault et a.* : *AJDA* 2008, p. 1438, note Vié ; *Dr. adm*. 2008, comm. 88.
- CAA Bordeaux, 31 juillet 2008, *Société Aquitaine gestion urbaine et rurale* (*SAGUR*), n° 04BX00289.
- CAA Bordeaux, 3 mars 2009, *X et a*., n° 07BX02078.
- CAA Bordeaux, 29 juillet 2010, *Société de Logistique Grand Sud-Ouest*, n° 10BX00071.
- CAA Bordeaux, 23 avril 2013, *Communauté de communes de Guéret Saint-Vaury*, req. n° 11BX03167, *AJDA* 2013. 2153.
- CAA Bordeaux, 31 octobre 2013 *Société Constructions guyanaises*, n° 13BX00244.
- CAA Bordeaux, 20 mars 2014, n° 12BX01944, *B.A*.
- CAA Bordeaux, 26 juin 2014, *Ministre de l'Alimentation, de l'agriculture et de la pêche c/ M. Milloco*, req. n° 13BX02141, *AJDA* 2014. 1887.
- CAA Bordeaux, 26 juin 2014, n° 13BX02141, *Ministre de l'Alimentation, de la Culture et de la Pêche* : *AJDA* 5 octobre 2014, p. 1887, concl. Normand.

- CAA Bordeaux, 30 septembre 2014, *Mme F. et autres*, n° 12BX03259.
- CAA Bordeaux, 7 mai 2015, n° 13BX02005, *Commune de Rivedoux-Plage*.
- CAA Bordeaux, 31 mars 2016, *Société Objectif Développement*, n° 14BX01094.

3.2. Douai

- CAA Douai, 5 juin 2001, *Société des ateliers de mécanique du pays d'Ouche*, nº 87DA10602.
- CAA Douai, 11 mai 2006, *Société d'exploitation des marchés communaux*, n° 05DA00105.
- CAA Douai, 4 février 2016, *SA d'économie mixte Séquano Aménagement et Communauté d'agglomération creilloise*, n° 15DA01296.

3.3. Lyon

- CAA Lyon, 13 juin 1983, *CCI Lyon*.
- CAA Lyon, 9 avril 1991, *Société des téléphériques du Mont-Blanc* : Rec. CE 1991, p. 513.
- CAA Lyon, 10 mai 2001, *Ville de Lyon*, N° 00LY00675.
- CAA Lyon, 28 juin 2002, *Mireval* : JurisData n° 2002-212062.
- CAA Lyon 8 février 2005, *Commune d'Auxerre*, req. n° 99LY00655, *BJDCP* 2005, p. 227.
- CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société Véolia Propreté*, n° 10LY00536, *AJDA* 2012, p. 83.
- CAA Lyon 28 février 2013, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, req. n° 12LY01332.
- CAA Lyon, 18 avr. 2013, *Commune de Saint-Nectaire* ; n° 12LY01547.
- CAA Lyon, 18 juillet 2013, n° 13LY00692, *D.K. et a*.
- CAA Lyon, 10 avril 2014, n° 12LY20166 : *AJDA* 6 octobre 2014, p. 1865.

- CAA, Lyon 2 juin 2004, *Société Michel Charmettan communication*, *JCP* E 2004.1311

3.4. Marseille

- CAA Marseille 5 mars 2001, *Département du Var*, AJDA 2001, p. 968.
- CAA Marseille, 5 mars 2001, *Préfet du Var*, req. 99MA01752, *AJDA* 2001, p. 968.
- CAA Marseille, 2 octobre 2001, *Société immobilière du Port de Miramar,* 00MA02080.
- CAA Marseille, 23 janvier 2003, n° 99MA02109, *Commune de Six-Fours-Les-Plages*.
- CAA Marseille, 13 avril 2004, *Ville de Marseille*, n° 00MA00393.
- CAA Marseille, 18 décembre 2006, *Société des Crématoriums de France et ville d'Aix-en-Provence ;* n° 04MA01644 et n° 04MA01841.
- CAA Marseille, 9 avr. 2009, *Commune d'Orange*, req. no 07MA02807.
- CAA Marseille, 8 juillet. 2010, *Ville de Nice*, n° 08MA00431.
- CAA Marseille, 6 sept. 2010, *Société des trains touristiques G. Einsenreich*. no 08MA01997.
- CAA Marseille, 22 novembre 2011, n° 10MA00730, *Société Dyg*.
- CAA Marseille, 19 mars 2012, n° 09MA04620, *Société Hérault Aménagement*.
- CAA Marseille, 19 mars 2012, *Société Hérault Aménagement*, req. n° 09MA04620.
- CAA Marseille, 4 février 2013, n° 09MA03533, *Commune de Cannes*.
- CAA Marseille, 13 novembre 2013, n° 11MA02850-11MA02877.
- CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de Grasse* ; n° 14MA01872.
- CAA Marseille, 14 mars 2016, *Commune de Grasse*, n°14MA01872.
- CAA Marseille, 9 mai 2016, n° 15MA01074, *SARL Cathédrale d'images*.

3.5. Nancy

- CAA Nancy, 9 juillet 1991, *OPAC Meurthe-et-Moselle* : Dr. adm. 1991, comm. 472.

- CAA Nancy, 20 mars 2003, *Payeur* : *AJDA* 2003, p. 639.
- CAA Nancy, 13 mai 2004, *Ville de Colmar*, n° 00NC01328.
- CAA Nancy, 6 avril 2006, n° 01NC00887, *EURL Saut du Doubs*.
- CAA Nancy, 14 octobre 2010, *Société European Institute of Management*, n° 09NC01149.
- CAA Nancy, 15 mai 2013, n° 12NC00629, *Commune de Villeneuve-la-Comptal*.
- CAA Nancy, 15 mai 2013, n° 12NC00897, *Société Grenke location c/ Commune de Neuville-Saint-Rémy*.
- CAA Nancy, 15 mai 2013, n° 12NC01396, *Ministre de la culture et de la communication*.
- CAA Nancy, 30 septembre 2013, n° 12NC00735, *Société France Télécom*.
- CAA Nancy, 2 février 2016, *Société SAS Hiltenfinck Automobiles Services*, n° 14NC00834.
- CAA, Nancy, 28 avril 2016, *Communauté d'agglomération d'Épinal* c/ *Société Numéricable*, n° 15NC00389.

3.6. Nantes

- CAA Nantes, 22 décembre 1999, *District urbain agglomération nantaise*, n° 95NT00738.
- CAA Nantes, 2 décembre 2005, n° 04NT01327.
- CAA Nantes, 2 février 2015, n° 13NT02139, *SARL Les farfadets* c/ *Commune de Tours.*

3.7. Paris

- CAA Paris, 15 janvier 1982, *SERHCAU c/ ministre de l'Économie et des Finances*, *JCP* G 1982, II, 1980.
- CAA Paris, 11 octobre 1994, *Editor Tennog* c/ *Commune de Houilles*, Rec., p. 663.
- CAA Paris, 26 mars 2002, *Société Jean-Claude Decaux*, 2 espèces, R., p. 520.

- CAA Paris, 24 janvier 2005, n° 00PA00985, *Province des Iles Loyauté*.
- CAA Paris, 23 mars 2005, *Société SITA-Île de France* ; n° 00PA01867.
- CAA Paris, 7 mars 2006, Commune de Draveil c/ Société Via Net Works, Rec. CE 2006, p. 591.
- CAA Paris 17 avril 2007, *Société Kéolis*, req. n° 06PA02278.
- CAA Paris 16 décembre 2008, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 07PA00954 *Contrats-Marchés publ.,* 2009, comm. 96.
- CAA Paris, 25 mars 2010, *Association Paris-Jean Bouin et Ville de Paris* : *Dr. adm.* 2010, comm. n° 93.
- CAA Paris, plén., 25 mars 2010, *Association Paris Jean Bouin*, req. n° 09PA01920.
- CAA Paris, 29 juin 2010, *Société brasseur démolition*, n° 08PA0426.
- CAA Paris, 31 mars 2011, *Elasbahani*.
- CAA Paris, 12 mars 2012, *Société Sonotel*, *Contrats marchés publ*. 2012, comm. 323, G. Eckert.
- CAA Paris 9 mai 2012, *SECOSUD*, req. n° 10PA04297.
- CAA Paris, plén., 17 octobre 2012, *Ville de Paris*, *AJDA* 2012, p. 2323, concl. S. Dewailly.

3.8. Versailles

- CAA Versailles 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, req. n° 03VE04736, *BJCP* n° 41, p. 295.
- CAA Versailles, 22 novembre 2005, *Lerandy*, n° 04VE00671, *BJCP* 2006, p. 151.
- CAA Versailles, 20 juin 2006, n° 03VE00208, *Société d'aménagement et de développement des villes du Val-de-Marne* ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, comm. 248.
- CAA Versailles, 14 septembre 2006, 04VE03566, *Société Avenance enseignement et santé*.
- CAA Versailles, 30 décembre 2010, *Société Forclim Île-de-France*, n° 09VE00400.
- CAA Versailles, 11 octobre 2012, *Société Georget Dépannages*, n° 11VE00399.

3.9. Toulouse

- CAA Toulouse, 2 octobre 1998, *CGE* : Dr. adm. 1998, comm. 336.

4. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

- TA Rennes, 8 octobre 1987, *Préfet d'Ille-et-Vilaine c. Syndic. Intercom d'électrification de Rennes sud-est*, *Contrats Marchés publ.* août 1988, n° 236, p. 15.
- TA Orléans, 5 mai 1989, *Préfet de l'Eure-et-Loir*, *Contrats Marchés publ.* oct.-nov. 1989, n° 245, p. 17.
- TA Limoges, 7 octobre 1993, *Préfet de la Corrèze c. Commune de Favars*, JCP 1994. IV. 165.
- TA Lyon, 1er octobre 1996, *Loridant*, n° 9503932, Rec., *AJDA*, 1997, p. 208.
- TA Nantes, 4 février 1997, *préfet Mayenne* c/ *Prodhomme* : *Lettre JCl.* Env. 2/1997, p. 5.
- TA Paris 28 février 1997, *Société Stella Maillot-Orée du Bois* : *Dr. adm.* 1997, no 158.
- TA Grenoble 7 août 1998, *Bernard Betto*, req. n° 961776, *BJCP* n° 2, p. 181.
- TA Lyon, 4 novembre 1998, *Préfet de l'Ardèche*.
- TA de Nice, 7 décembre 1999, *Établissement Alain Marine c/ Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 88218, *BJCP* 2000, n° 10, p. 204.
- TA Nice, 7 décembre 1999, *Établissement Alain Marine*, *BJCP*, n° 10, p. 204.
- TA Nancy, 25 janvier 2000, *Feidt* ; *Dr. adm.* 2000, comm. 82.
- TA Grenoble, 25 février 2000, *Préfet de la Haute-Savoie* c/ *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, *BJCP* n° 12, 2000, p. 337.
- TA Strasbourg, 15 septembre 2000, *Société entreprise Michel Ruas/Ville de Colmar*.
- TA Dijon 14 novembre 2000, *Préfet de la Nièvre* c/ *Ville de Nevers*.
- TA Poitiers, 2 mai 2002, *Préfet Charente-Maritime* c/ *Commune de Royan* : *Dr. adm.* 2002, comm. 175.
- TA Paris, 27 juin 2002, *Bonhote* : *AJFP* 2002, n° 6, p. 11.

- TA Lyon, ord., 9 mars 2009, n° 09-00917 et n° 09-00918, *Société Trabet Travaux et Bétons*.
- TA Poitiers, 30 juin 2010, n° 0802484, *Société Barrault Dépannage*.
- TA Strasbourg, 21 décembre 2010, n° 1005754, *Société Machajo*.
- TA Paris, 7 juin 2011, n° 1017409, *SVO Musée du Luxembourg*.
- TA Montpellier, 24 juin 2011, n° 1001920.
- TA Marseille, 13 juillet 2011, n° 1103909, *Société Garage Bagnis*.
- TA Besançon, 26 mars 2013, n° 1200087, *M. Steve Ersa*.
- TA Poitiers, 19 juin 2013, n° 1100863, *Société Barrault Dépannage*.
- TA Bordeaux, 24 mars 2015, *Société Transdev*, n° 1500857.
- TA Bastia, 7 avril 2015, *Corsica Ferries*, n° 1300938.
- TA Toulouse, ord., 10 août 2017, *Société Exterion Media,* n° 1703247.
- TA Poitiers, ord., 8 décembre 2016, *SAS Voyages Goujeau et SARL Transhorizon*, n° 1602479 et 1602521.

5. TRIBUNAL DES CONFLITS

- T. confl., 8 février 1873, *Blanco*, Leb., supplément, p. 61, concl. David ; D. 1873, III, p. 20.
- T. confl., 19 juin 1952, *Société des combustibles*, Rec., CE, p. 628.
- T. confl., 28 mars 1955, *Association Syndicale de reconstruction de Toulon* c/ *Effimieff* : Rec., p. 617.
- T. confl., 12 décembre 1955, *Ané c/Électricité de France*, Rec., p. 628.
- T. confl., 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France* : S. 1956, p. 156, concl. Chardeau.
- T. confl., 8 juillet 1963, *Société entreprise Peyro*t c/ *Société autoroute Estérel-Côte d'Azur* : Rec. CE 1963, p. 787.
- T. confl., 21 mars 1966, *Commune de Soultz* : Rec. CE 1966, p. 828.
- T. confl., 3 mars 1969, *Société Interlait* : Rec. CE 1969, p. 682 ; *AJDA* 1969, p. 307.

- T. confl., 12 janvier 1970, *GDF* c/ *SEM d'aménagement et d'équipement du grand ensemble de Massy-Antony* [*SAEGEMA*] : *AJDA* 1970, 2, p. 249.
- T. confl., 17 janvier 1972, *SNCF c/ Entreprise Solon & Barrault* : Rec. CE 1972, p. 944.
- T. confl., 15 octobre 1973, *Barbou* : Rec., p. 848 ; *AJDA* 1974, p. 94.
- T. confl., 4 février 1974, *Époux di Vita*, Rec., p. 78.
- T. confl., 7 juillet 1975, *Commune des Ponts-de-Cé c. Poisson* : Leb, p. 798.
- T. confl., 7 juillet 1975, *Commune Agde* : Rec. CE 1975, p. 798.
- T. confl., 23 février 1981, n° 2191, *Société Socamex* c/ *Société des autoroutes du Sud de la France*, Rec., p. 501.
- T. confl., 23 février 1981, *Préfet des Hauts-de-Seine*, Rec. Leb, T. p. 952.
- T. confl., 16 mai 1983, n° 2282, *SA Compagnie toulousaine de transports* [CTT] c/ *Société d'économie mixte des transports publics des voyageurs de l'agglomération toulousaine* [SEMVAT], Leb, 1983, p. 659.
- T. confl., 16 mai 1983, *SA Compagnie toulousaine de transports* [*CTT*] c/ *SEM des transports publics des voyageurs de l'agglomération toulousaine* [*SEMVAT*] : Rec. CE 1983, p. 659.
- T. confl., 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, n° 02356.
- T. confl., 12 janvier 1987, *Derouet*, Rec., p. 44.
- T. confl., 2 mars 1987, *Société d'aménagement et développement Briançon-Montgenèvre c/ Commune de Montgenèvre* : *RFD adm.* 1987, p. 191.
- T. confl., 27 octobre 1987, *Gilbert* c/ *Syndicat mixte équipement Ardèche* : Rec., p. 459.
- T. confl., 26 juin 1989, *Société Compagnie générale d'entreprise de chauffage c/ CAF de la région parisienne*, D. 1990. 191, obs. X. Prétot, *Marchés publ.* 1989, n° 246, p. 19.
- T. confl., 26 mars 1990, *Girot et a.* : *Quot. jur.*, n° 114, 27 sept. 1990, *chron. jurispr. adm.* p. 7.

- T. confl., 10 mai 1993, n° 2840, *Société Wanner Isofi Isolation et Société Nersa*, Leb, 399.
- T. confl., 22 novembre 1993, *Glogowski* ; Rec., p. 676.
- T. confl., 23 octobre 1995, *Société Canal + imm. et a. c/ SEMEA XVe et a.* : JurisData n° 1995-049935, Rec. CE 1995, p. 500.
- T. confl., 4 novembre 1996, *Espinosa c/ Société Escota* : Rec. CE 1996, p. 553 ; *RFDA* 1997, p. 188.
- T. confl., 24 novembre 1997, n° 3060, *Société De Castro c/ Bourcy et Sole*.
- T. confl., 22 juin 1998, *Cts Bussereau* c/ *Électricité de France et a*, n° 03037, Rec., T. p. 1208.
- T. confl., 15 mars 1999, *Faulcon* ; n° 3097.
- T. confl., 15 mars 1999, *M. Schmitt* c/ *Association Lorraine d'exploitation et de modélisme ferroviaire*, n° 3080.
- T. confl., 5 juillet 1999, *Commune de Stetten*, n° 03098, Rec., p. 466.
- T. confl., 5 juillet 1999, *Commune Stetten*, Bull. civ. 1999, n° 25.
- T. confl., 18 octobre 1999, *Préfet de Corse*, n° 3169.
- T. confl., 15 novembre 1999, n° 3144, *Commune de Bourisp*, Rec. 1999, p. 478.
- T. confl., 14 février 2000, *Époux Pellizzari c/ Caisse régionale du Crédit agricole mutuel Sud Alliance* : Rec. CE 2000, p. 745.
- T. confl., 23 octobre 2000, *Société Solycaf* c/ *EDF-GDF*, D. 2000, inf. rap. p. 297.
- T. confl., 17 décembre 2001, *Société Rue Impériale de Lyon*, BJDCP 2002, n° 21, p. 127
- T. confl., 24 février 2003, *Viviande-Lejeune* : *RFDA* 2003, p. 1020.
- T. confl., 23 juin 2003, *Carras et a.*, Rec., p. 714.
- T. confl., 19 janvier 2004, *Devun et a. c/ Commune Saint-Chamond*, *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 75.
- T. confl., 21 juin 2004, *Commune de Saint-Léger-sur-Roanne* ; n° 3415.
- T. confl., 29 décembre 2004, *Durand c/ CH régional Metz-Thionville*, n° 3435.
- T. confl., 14 février 2005, *Adler c/ Commune de Théoule-sur-Mer*, n° 3441.

- T. confl., 12 décembre 2005, n° 3458, *Association Karting Semurois* c/ *SEM Auxois Bourgogne et société DAG* ; Rec. CE 2005, p. 668.
- T. confl., 16 octobre 2006, *EURL Pharmacie de la gare Saint-Charles*, n° 3514, Rec. 2006, p. 639.
- T. confl., 20 novembre 2006, n° 3569, sa *EGTL c/ Escota* ; Rec. CE 2006, p. 641 ; *BJCP* 2007, p. 40, concl. J. Duplat.
- T. confl., 21 mai 2007, n° 3609, *SA Codiam*, Rec., *AJDA*, 2008, p. 200, note J. Robbe.
- T. confl., 18 juin 2007, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis place de la gare à la Varenne-Saint-Hilaire*, *RFD*. adm. 2007, p. 1124.
- T. confl., 8 juin 2009, *Communauté de communes Jura Sud*, *RJEP* 2010, comm. 67.
- T. confl., 14 mai 2012, *Madame Gilles contre Société d'Exploitation Sport Évènements et Ville de Paris*, req. n° 3836.
- T. confl., 9 juillet 2012, n° 3834, *Compagnie générale des eaux et de l'ozone* c/ *Ministre de l'Écologie et Développement durable* ; Rec., tables, p. 653.
- T. confl., 15 octobre 2012, n° 3853, *SARL Port Croisade* c/ *SA Seeta*, Leb, T. ; *AJDA* 2012. 1982.
- T. confl., 8 juillet 2013, n° 3906, *Société d'exploitation des énergies photovoltaïques*, n° C 3906.
- T. confl., 7 avril 2014, *Société Services d'Edition et de Ventes Publicitaires* (*SEVP*) c/ *Office de tourisme de Rambouillet et Société Axiom-Graphic*, *BJCP* 2014, p ; 286.
- T. confl., 6 juin 2014, n° 3944, *Société d'exploitation de la Tour Eiffel* c/ *Société Séchaud-Bossuyt et autres*, Leb, ; *AJDA* 2014. 1234.
- T. confl., 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, n° 3963 ; *AJDA* 2014. 2031.
- T. confl., 8 décembre 2014, n° 3980, *Chambre nationale des services d'ambulances ; Contrats marchés publ*. 2015, comm. 31.
- T. conf., 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société Autoroutes du sud de la France*, n° 3984, *Contrats-Marchés publ*. 2015, comm. 110.
- T. confl., 9 mars 2015, *Société des autoroutes du Sud de la France c/Société Garage des pins et autres,* n° 3992, *Contrats-Marchés publ*. 2015, *comm*. 111.

- T. confl., 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton*, req. n° 4103.

6. JURIDICTIONS JUDICIAIRES

- Civ. 22 avril 1929, S. 1932. 1. 129.
- Cass. Civ. 11 février 1884, S*yndicat de la banque franco-hollandaise c/ De Constantin*, S. 1884. I. 314.
- Cass. crim., 12 mai 1950 : *JCP* G 1950, II, 5874, note Meurisse ;
- Cass. 1re civ., 9 janvier 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 27 ; *AJDA* 1958, p. 186.
- Cass. 1re civ., 29 janvier 1985, *Association "Canal du Moulin des Mées"* : *JCP* G 1985, IV, p. 135.
- Civ. 1re, 18 avril 1989, Bull. civ. I, n° 160.
- Cass. 1re civ., 19 juin 1990, *OPHLM Ivry-sur-Seine* : Bull. civ. 1990, I, n° 176.
- Cass. soc., 7 octobre 1992, *Lazareff*, n° 89-45.712, *Dr. adm* 1993 comm. 18.
- Civ. 1re, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 115.
- Civ. 1re, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 115.
- Cass. 1re civ., 16 juillet 1998: Bull. civ. 1998, I, n° 262.
- Civ. 3e, 20 décembre 2000, *Société Quimper Plaisance*, n° 99-10.896.
- Cass. Civ. 1ère, 6 mars 2001, *SAS White* c*/ Mme Vinceneux*, n° 98-23-120.
- Civ. 1re, 4 décembre 2001, Bull. civ. I, n° 307.
- Cass. 1re civ., 25 février 2003: Bull. civ. 2003, I, n° 57.
- Cass. 1re civ., 16 mars 2004, n° 01-15.804, *Société des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et Commune de Cluses*, Bull. civ. 2004, I, no 86, p. 69.
- Civ. 1re, 20 septembre 2006 n° 04-13.480.
- Civ. 1re, 6 mars 2007, n° 05-14.586.
- Civ. 28 janvier 2009, *Société du Moulin-Bateau*, n° 07-19750.
- Civ. 1er, 17 février 2010, *Société Autoroutes du sud de la France c/ Rispal*, n° 08-11.896, *AJDA* 2010. 917 ; D. 2010. 586.

- Civ. 1re, 17 février 2010, *Société Autoroutes du sud de la France c/ Rispal*, n° 08-11.896.
- Cass. 1er civ., 3 mars 2010, n° 08-21311, *GRDF*.
- Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *Société Soffimat*, D. 2010, n° 2481.
- CA Grenoble, 7 novembre 1945 : S. 1946, 2, p. 118, note PM.
- TGI Toulouse, 15 octobre 1991, *EDF* c/ *Société Tiso* : *CJEG* 1992, p. 369.
- TPI, 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d'assurance* (*FFSA*), aff. T-106/95, *Rec*. pp. II-229.
- TPI, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA contre Eulex Kosovo*, aff. T-213/12.

VIII. JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

- CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, Rec. 2043
- CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, Rec. 1989.
- CJCE, 8 octobre 1980, affaire 810/79, *Überschär*.
- CJCE, 25 novembre 1986, aff. 201/85 et 202/85, *Klensch*, Rec. *CJCE* 1986, p. 3477.
- CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ Italie*, Rec. 2599.
- CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser* c/ *Macrotron*, Rec. I-1979.
- CJCE, 22 juin 1993, *Commission* c/ *Royaume de Danemark* (*Affaire dite du pont du Storebaelt*), aff. C-243/89, Rec. P I-3353.
- CJCE, 19 avril 1994, *Gestion Hotelera Internacional* c/*Comunidad Autonoma de Canarias*, aff. C-331/92.
- CJCE, 26 avril 1994, *Commission* c/ *Italie*, aff. C-272/91, concl. Gulman, Rec. I-1409.
- CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, C-244/94.
- CJCE, 25 avril 1996, *Commission* c/ *Belgique*, aff. C-87/94, Rec. I-2043.
- CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH*.
- CJCE, ord. 25 mars, 1998, *Fédération française des sociétés d'assurance* (*FFSA*) c/ *Commission*, aff. C-174/97, *Rec*. pp. I-1303.

- CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden* c/ *BFI Holding* BV, aff. C-360/96.
- CJCE, 18 novembre 1999, aff. C-275/98, Rec. *CJCE* 1999, I, p. 8305.
- CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl*, aff. C-107/98.
- CJCE, 12 septembre 2000, *Pavolov*, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Rec. I-6451.
- CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte*: *University of Cambridge*, aff. C-380/98.
- CJCE, 7 novembre 2000, aff. C-168/98, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Rec. *CJCE* 2000, I, p. 9131.
- CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH* : Rec. CJCE 1998
- CJCE, 1er février 2001, *Commission c / République française*, aff. C-237/99.
- CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, *Rec*. p. I-9067, *AJDA* 2002, p. 326.
- CJUE, 27 février 2003, CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH*, aff. C-373/00, *CP-ACCP* juin 2003, n° 23, p. 50, comm. L. Richer.
- CJCE, 15 mai 2003, C-214/00, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, Europe 2003.
- CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy*, aff. C-18/01.
- CJUE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01.
- CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Rec. CJCE 2003, I, p. 7747.
- CJUE, 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00.
- CJCE, 13 janvier 2005, C-84/03, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne*, Europe 2005.
- CJCE, 14 avril 2005, *AEM SpA*, *AEM Torino SpA*, aff. C-128/03 et C-129/03, *AJDA* 2005, pp. 1217-1218.
- CJCE 7 juin 2005, *Vereniging voor Energie*, Milieu en Water, C-17/03.

- CJCE, 21 juillet 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano* (*Coname*) c/ *Comune di Cingia de Botti* : Rec. *CJCE* 2005, I, p. 7287.
- CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03.
- CJUE, 27 octobre 2005, *Contse e.a*., C-234/03, Rec. p. I-9315.
- CJCE, 6 avril 2006, *ANAV*, aff. C410/04.
- CJCE, 11 juillet 2006, *Fenin c/Commission*, aff., C-205/03P.
- CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux* c/ *Commune Roanne* : *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 38.
- CJCE, 18 juillet 2007, *Commission* c/ *Italie* aff. C-382/05 Rec., CJCE 2007, I,
- CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/Italie*, aff. C-260/04, Rec. p. I-7083.
- CJCE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk et autres c/ Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, C-337/06.
- CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06.
- CJCE 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06.
- CJCE, 17 juillet 2008, *Commission/France*, C-389/05, Rec. p. I-5397.
- CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, C-169/07, Rec. CJCE 2009, I, p. 1721p. 6659.
- CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, aff. C-300/07, point 69.
- CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha* c/ *Eurawasser*, Rec, CJCE 2009, I, p. 8377.
- CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, aff. C-196/08, *Rec. CJCE* 2009, I, p. 9913.
- CJUE, 29 octobre 2009, *Commission contre Allemagne*, Aff. C-536/07.
- CJUE, 23 décembre 2009, aff. C-376/08, *Serrantoni.*
- CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare* (*CoNISMa*) c/ *Regione Marche*, aff. C-305/08.
- CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Muller GmbH contre Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Aff. C-451/08.
- CJCE 13 avril 2010, *Wall AG c/Ville de Francfort-sur-le-Main*, aff. C-91/08 ; *AJDA* 2010, p. 760.

- CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE e.a.* c/*Ethniko Symvoulio Radiotileorasis*, aff. C-145/08 et C-148/08.
- CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08.
- CJUE, 10 mars, 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09.
- CJUE, 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A SIA, Dekom SIA* c/ *Latgales planosanas region, Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 8.
- CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce et Università del Salento contre Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, aff., C-159/11.
- CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. Spa contre Comune di Bari et autres*, Aff. C-213/13.
- CJUE, 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14.
- CJUE, 17 décembre 2015, aff. C-25/14 et C-26/14, *Union des syndicats de l'immobilier et Beaudout Père et Fils SARL.*
- CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14, *Promoimpresa Srl, Mario Melis c/ Consorzio dei comuni della sponda bresciana del lago di Garda e del lago di Idro c/ Regione Lombardia c/ Comune di loiri porto San Paolo c/ Provincia di Olbia Tempio* : *AJDA* 2016, p. 2176.

INDEX THÉMATIQUE

— A —

- Acte détachable (Théorie de l'…) : 64
- Acte unilatéral : 18, 22, 103, 248, 251, 252
- Adossement : 216
- Amortissement : 204, 351, 353, 354, 360, 371, 373, 374, 376, 378, 383, 386, 397

— B —

- Biens
  - — de reprise : 412, 413, 427
  - — de retour : 60, 353, 373, 378, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 427
  - — propre : 412, 413

— C —

- Cession de concession
  - — Autorisation préalable : 343
- Clause de rendez-vous : 217
- Clause de variation : 218
- Clause exorbitante : 57, 116
- Concession
  - — Affermage : 63, 147, 220, 358, 359, 386
  - — Critère de l'objet : 47, 105, 118, 119, 122, 125, 131, 134, 138, 144, 149, 163, 166, 206, 227, 309
    - Critère matériel : 85, 105, 119, 131, 136, 157, 207, 410
    - objet principal : 125, 140, 142, 146, 262, 265, 309
  - — Critère organique
    - Autorité concédante : 37, 91, 142, 177, 222, 266, 279, 301, 304, 307, 344, 352, 397, 399, 400, 401, 403, 405, 419
    - Entité adjudicatrice : 66, 140, 143, 268, 271, 345, 368
    - Organisme de droit public : 57, 81, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 149
    - Pouvoir adjudicateur : 66, 88, 91, 92, 93, 98, 143, 175, 184, 185, 199, 263, 268, 271, 322, 342, 345, 357, 368
  - — de service public : 20, 26, 29, 54, 59, 122, 125, 162, 243, 246, 285, 286, 303, 352, 427
  - — de services : 136, 145, 173, 199, 222, 252, 271, 290, 322, 336, 360, 425

— de travaux : 22, 37, 77, 78, 83, 91, 98, 120, 137, 139, 142, 145, 146, 182, 213, 222, 235, 250, 262, 263, 264, 267, 270, 271, 286, 290, 322, 346, 350, 352, 354, 359, 364, 384, 387, 412, 429
— de travaux publics : 120, 246, 267, 286, 304, 351, 353, 354
— Régie intéressée : 147, 168, 358, 359, 384
- Concession d'aménagement
— Maîtrise d'ouvrage : 60
— Objet : 264
- Concession de mines : 26, 27
- Concurrence : 205, 291, 362
- Contrats de mobilier urbain : 206
- Convention domaniale : 28, 29, 30, 119, 122, 123, 124, 125, 126, 206, 207, 251, 259, 260
- Critère de la durée
— Détermination : 376, 382
— Endogène : 204, 205
— Initiale : 204, 357, 361, 383
— Perpétuelle : 350
— Prolongation : 361, 387, 388

— E —

- Économie du contrat
— Bouleversement : 162, 335, 336
— Notion : 135, 195
- Équilibre financier : 194, 329, 418
- Exception d'inexécution : 405, 409, 410
- Exception Peyrot : 75, 76, 77, 78, 79, 90

— F —

- Fait du prince (Théorie du) : 329, 331, 332
- Foisonnement : 219
- Force majeure (Cas de…) : 162, 399, 407

— G —

- Gérance : 168, 192, 358

— I —

- Imprévision (Théorie de l'…) : 25, 160, 162

- Intérêt général : 26, 62, 94, 95, 106, 109, 110, 111, 115, 126, 127, 129, 148, 173, 206, 224, 225, 239, 283, 284, 286, 300, 329, 330, 361, 366, 378, 399, 400, 406, 408, 410
- Intuitu personae : 279, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 303, 304, 309, 339, 343, 345, 363
- Investissement : 383

— L —

- Liberté contractuelle : 337, 366, 367, 418
- Liberté de choix du mode de gestion : 61, 62, 63, 64, 65, 66, 249, 284, 285, 287, 288, 306, 308
- Libre administration : 62, 65, 358, 363, 366, 367
- Loyauté des relations processuelles : 305

— M —

- Mandat : 67, 72, 73, 74, 75, 78
- Marché public
  - — de fournitures : 91, 92, 97, 113, 180, 181, 184, 222, 261, 285, 346, 398
  - — de services : 91, 147, 243, 346
  - — de travaux : 222, 261, 270, 334
  - — METP : 120
- Mise en concurrence : 73, 129, 194, 205, 206, 250, 287, 303, 327, 340, 355, 377, 385, 388
- Mode de rémunération (Critère du…) : 138, 146, 163, 168, 169, 170, 206, 285

— N —

- Négociation : 288, 303, 304, 305, 306, 329, 360, 377

— O —

- Opérateur économique : 27, 30, 225, 253, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302

— P —

- Passation
  - — Égalité de traitement : 144, 239, 251, 253, 270, 272, 273, 274, 279, 301, 302, 304, 305, 307
  - — Liberté d'accès : 144, 239, 276, 355, 367
  - — Mise en concurrence : 140, 257, 260, 265, 276, 338
  - — Valeur : 257, 266, 267, 268, 269
- Pouvoir de

— Contrôle-sanction : 320, 321, 323, 328
— Contrôle-sanction : 323
— Contrôle-surveillance : 320, 321, 322, 323, 328
— Déchéance : 309, 327, 398, 401, 402, 403, 427
— modification
conventionnelle : 335, 339
conventionnelle : 332, 333
unilatérale : 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 338, 381, 398, 403
— résiliation pour faute : 323, 401, 403, 405
— résiliation unilatérale
nouvelles hypothèses : 404
— résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général : 368, 381, 397, 398, 399, 400, 401
▪ Prestation caractéristique : 119

— R —

▪ Redevance : 23, 161, 166, 167, 220, 223
▪ Risque d'exploitation
— Cristallisation : 157, 169, 192
— Détermination : 202
— Notions : 161, 165
— Transfert : 166, 170, 174, 178, 180, 182, 183, 199, 200, 211, 212, 216, 220, 221, 222, 223

— S —

▪ Service public
— Notion : 20, 58, 110, 113, 116, 119, 126, 133, 147, 227, 258, 282, 322, 323, 344, 353, 395, 409, 411, 417, 419
▪ Sous-contrat : 81, 82, 84, 345, 346, 347, 419, 421, 423, 425
— Sous-concession : 29, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 96, 346
— Sous-concession domaniale : 29
— Sous-traitance : 81, 82, 83, 85, 339, 344, 345, 346, 347, 418

— T —

▪ Tiers : 292, 365

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire 11
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes 13
INTRODUCTION 15
§ 1. La concession : acte unilatéral ou contrat ? 18
A. L'ambivalence originelle de la nature juridique de la concession 18
B. La consécration de l'identité contractuelle de la concession 21
§ 2. L'individualisation du contrat de concession 24
A. La nature administrative du contrat de concession 24
B. La polysémie du terme concession en droit des contrats administratifs 26
C. L'internationalisation du modèle concessif 31
§ 3. L'étude du modèle français de la concession 33
A. Délimitation et pertinence de l'étude du modèle français de la concession 33
B. Problématiques et plan de l'étude 36
PREMIÈRE PARTIE. L'IDENTITÉ RENOUVELÉE DE LA CONCESSION 41
TITRE I. LA PERTE D'UNITÉ DES CRITÈRES CLASSIQUES DE LA CONCESSION 45
CHAPITRE I. LA PERTURBATION DE L'UNITÉ DU CRITÈRE ORGANIQUE 49
Section I. L'initiale stabilité de l'exigence de la personne publique dans la détermination de la concession 53
§ 1. Une stabilité assurée par les spécificités du critère organique 53
A. Une stabilité découlant de l'homogénéité du critère organique 53
1. Le consensus doctrinal autour du critère organique 54
2. Une absence exclusive de la qualification de concession 56
B. Une stabilité justifiée par l'intangibilité des liens avec l'objet et la liberté de choix du mode de gestion 57
1. L'intangibilité du lien entre le critère organique et l'objet de la concession 58
2. L'intangibilité du lien entre le critère organique et la liberté de choix du mode de gestion 61
§ 2. Le renforcement de la stabilité du critère organique par la neutralisation de ses atténuations jurisprudentielles 67
A. L'incompatibilité par nature entre la logique concessive et la logique du mandat 67
1. L'implémentation de la théorie de mandat en droit des contrats administratifs 67
2. L'existence d'éléments de confusion entre concession et mandat 72
3. L'insuffisante identification d'une personne publique *via* le mandat 73
C. Inapplicabilité de l'exception « Peyrot » à la concession 75
1. Une inapplicabilité originelle 75
2. Une jurisprudence désormais abandonnée : la fortification du critère organique dans les contrats administratifs 79
Section II. Les éléments de perturbation de l'exigence de la personne publique dans la qualification de la concession 81
§ 1. La perte de stabilité du critère organique induite par l'ambivalence du régime juridique de la sous-concession 81
A. Une notion habituellement confondue 81
1. L'assimilation courante à la notion de sous-traitance 82

2. La rétroconcession, première forme institutionnalisée de la sous-concession....83
B. Un régime juridique dualiste insatisfaisant....84
1. Une nature juridique ambivalente....84
2. Un régime juridique dyadique....87
§ 2. La perte de cohérence du critère organique résultant de l'intégration de la logique européenne....91
A. L'élévation des personnes privées au rang d'autorités concédantes....91
1. La consécration de l'organisme de droit public en tant que critère organique....92
2. Les éléments d'identification de l'organisme de droit public....93
B. Le bouleversement de la cohérence du contrat administratif par la notion d'organisme de droit public....96
1. La perte de cohérence du critère organique....96
2. Le maintien artificiel de la notion de contrat administratif....98
CHAPITRE II. L'ALTÉRATION DES FONCTIONS DU CRITÈRE DE L'OBJET....101
Section I. L'effacement de l'objet en tant que critère de distinction entre la concession et les autres contrats administratifs....105
§ 1. La prééminence historique du critère de l'objet dans la qualification de la concession....105
A. L'effet attractif des notions de travail public et d'ouvrage public dans la qualification de la concession....105
1. Une notion à la règlementation ancienne....105
2. La dualité de la notion....110
B. Le service public, un révélateur de contrat de concession....113
1. Le service public, une notion sibylline....113
2. Une influence aux manifestations diverses....116
§ 2. L'absence de prédominance du critère de l'objet dans la typologie des contrats administratifs....118
A. La relativité du critère de l'objet dans la distinction concession/marchés publics....119
1. L'inefficacité de la notion de travail public dans la distinction concession/marché public....119
2. Les incertitudes d'une distinction concession / marchés publics fondée sur le critère du service public : l'exemple du concept doctrinal des contrats de service public....121
B. L'efficacité relative du critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale....122
1. La pertinence du critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale "sèche"....122
2. Les perturbations induites par le critère de l'objet dans la distinction concession de service public/concession domaniale....125
Section II. L'effacement de la fonction discriminatoire de l'objet dans l'individualisation des concessions....131
§ 1. Le déclin du critère de l'objet dans la qualification de la concession....131
A. Le constat d'une dévalorisation du critère de l'objet dans les contrats administratifs....131
1. L'influence historique du critère de l'objet dans les contrats administratifs....131

2. La perte de pertinence du critère de l'objet dans la concession 134
B. Les nouvelles fonctions du critère de l'objet du fait de son élargissement 136
1. L'impact de l'élargissement du champ matériel sur les fonctions du critère de l'objet 137
2. L'influence renouvelée de l'objet dans le processus de mise en concurrence : la prise en compte de la notion d'objet principal 140
§ 2. Une déconnexion source de mutations de la concession 143
A. Une mutation matérielle heureuse 144
1. Une déconnexion motivée par la soumission des concessions aux objectifs des traités 144
2. La recherche de l'unité des concessions 145
B. Une mise en cohérence imparfaite 147
Conclusion du titre I 149
TITRE II. LES PARADOXES DU CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION 151
CHAPITRE I. LA FORTIFICATION DE LA CONCESSION PAR LE CRITÈRE DU RISQUE D'EXPLOITATION 155
Section I. Confusion et évolution des critères d'autonomisation de la concession 159
§ 1. L'inopérance des critères traditionnels de la distinction concession / marché public 159
A. Les risques et périls, une notion mythifiée 159
1. L'origine ancienne de la notion de risques et périls 159
2. La confusion entretenue entre la notion de *risques et périls* et le critère du risque 161
B. Le critère de l'origine ou du mode de rémunération, un critère altéré 163
§ 2. La conceptualisation du critère du risque 165
A. Une construction hésitante 165
1. L'échec de l'élaboration jurisprudentielle d'un critère discriminant fondé sur le transfert du risque 165
2. L'affirmation d'une consubstantialité entre la rémunération et le risque dans la concession 167
B. La cristallisation du critère du risque d'exploitation 169
1. Le glissement du critère fondé sur la rémunération vers le critère du risque 169
2. La stabilisation du critère du risque dans les délégations de service public 171
Section II. Le processus européen de codification du critère du risque d'exploitation 172
§ 1. L'éclosion des doctrines européennes du risque 173
A. Les avocats généraux près la Cour de justice, tête de proue de la théorie du risque dans la concession 173
1. La recherche par les avocats généraux d'un critère caractéristique de la concession 173
2. L'exaltation de l'autonomie du risque économique par rapport à la rémunération 175
B. La formalisation du critère du risque par la Commission européenne 176
1. Du critère du droit d'exploiter... 176
2. ...à l'admission globale d'un risque dans les contrats complexes 178

§ 2. L'adoption du critère du risque par la jurisprudence et les directives européennes 179
A. La consécration du risque par la Cour de justice 179
1. Le postulat de la couverture du risque par le prix dans les marchés publics 179
2. Le relâchement du lien entre le risque et l'origine exogène de la rémunération : l'objectivation du critère du risque de la concession 181
B. La normalisation du critère du risque par le droit européen 183
1. La présence limitée du risque dans les textes européens 183
2. Le prise en compte par les directives du risque comme critère d'individualisation de la concession 184
CHAPITRE II. L'INSUFFISANCE EXPLICATIVE DE LA CONCESSION PAR LE RISQUE D'EXPLOITATION 187
Section I. La relativité de la définition de la concession par le risque d'exploitation 191
§ 1. Le risque d'exploitation, une notion en recherche de cohérence 191
A. Les raisons de l'absence de définition de la notion de risque d'exploitation 191
B. Le choix d'une conception négative du risque d'exploitation, limitative de ses propriétés explicatives 193
1. Le risque d'exploitation : hasard, perte de chance, incertitude ou aléa économique ? 193
2. Les difficultés d'application de l'approche négative du risque d'exploitation 195
§ 2. L'autonomisation inachevée du risque d'exploitation 197
A. La difficile détermination du risque d'exploitation 197
B. La persistance des sources potentielles d'insécurité juridique de la qualification des concessions 201
1. La neutralisation du paramètre de la durée dans la détermination du risque d'exploitation 202
2. L'absence de fiabilité de la qualification juridique fondée sur le risque 205
Section II. La consistance du risque transféré : l'appréciation *in concreto* du risque 211
§ 1. Le transfert intégral du risque d'exploitation 211
A. La caractérisation du transfert du risque d'exploitation par l'origine des ressources 211
B. L'office du juge administratif, juge du transfert 214
§ 2. L'impact des mécanismes d'amoindrissement du risque 215
A. La fragilisation de la qualification de concession dans l'hypothèse de risque reporté sur l'usager 215
B. La prise en compte de la dilution du critère du risque d'exploitation par la participation publique 221
Conclusion du titre II 229
Conclusion de la première partie 231
DEUXIÈME PARTIE. LES MUTATIONS DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA CONCESSION 233
TITRE I. L'ENCADREMENT EFFECTIF DU RÉGIME DE LA PASSATION DE LA CONCESSION 237
CHAPITRE I. LA NÉCESSITÉ D'UNE MISE EN COHÉRENCE DES PRATIQUES CONCESSIVES 241

Section I. Le constat de la diversité des pratiques dans l'Union européenne 245
§ 1. Une hétérogénéité marquée dans les pays à tradition concessive 245
A. Une nature juridique à géométrie variable 245
B. L'imposition du procédé contractuel de la concession 249
§ 2. Les conséquences principielles de la promotion du modèle contractuel de la concession 251
A. Une soumission hésitante des modèles unilatéraux au principe de la commande publique 251
B. La confirmation de la relativité du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale 254
Section II. La proclamation des principes communs de la passation des concessions 257
§ 1. L'actualisation des éléments de détermination de la procédure de passation des concessions 257
A. La relative perte d'influence de l'objet de la concession dans le processus de mise en concurrence 257
1. L'influence initiale de l'objet dans le processus de mise en concurrence 257
2. L'influence renouvelée de l'objet dans le nouveau processus de mise en concurrence de la concession 261
B. L'importance de la valeur du contrat de concession dans la détermination du régime de passation 266
1. La valeur, élément fonctionnel de détermination du régime de passation de la concession 266
2. L'amplitude relative des paramètres d'appréciation de la valeur 268
§ 2. L'autonomisation progressive du principe de transparence 270
A. Un principe préalablement adossé aux principes fondamentaux du Traité 270
1. La justification *a posteriori* du fondement de l'obligation de transparence 270
2. L'adossement originel de l'obligation de transparence au principe d'égalité et de non-discrimination 271
B. Un principe désormais autonome 273
1. Une autonomie favorisée par la fragilité de la corrélation avec les autres principes de la commande publique 273
2. Le renforcement de la spécificité et de l'autonomie du principe de transparence dans la passation des concessions 274
CHAPITRE II. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME DE LA PASSATION DES CONCESSIONS 277
Section I. L'affaiblissement du principe de l'*intuitu personae* dans la procédure d'attribution de la concession 281
§ 1. L'influence initiale de l'*intuitu personae* sur la procédure de passation des concessions de service public 281
A. La proclamation de l'*intuitu personae* en tant que critère d'identification de la concession 281
B. La justification de l'*intuitu personae* par le service public 282
§ 2. L'effacement progressif de l'*intuitu personae* dans l'attribution des concessions 285
A. L'absence d'individualisation de l'intensité de l'*intuitu personae* selon le type de concession 285

B. Une perte d'influence dans toutes les catégories de concessions 286
Section II. L'influence de l'encadrement de l'attribution des concessions sur les modalités de choix du concessionnaire....289
§ 1. Une soumission conditionnée à la qualité d'opérateur économique....289
A. L'évolution de la notion d'opérateur économique....289
1. Le délicat processus d'autonomisation de la notion d'opérateur économique....289
2. La conception globalisante de la notion d'opérateur économique....293
B. Le réajustement des conditions de sélection des candidatures....297
1. L'absence préalable de motifs d'exclusion : la diversité des interdictions à soumissionner opposables au candidat....297
2. L'examen approfondi des candidatures....301
§ 2. L'actualisation des principes présidant au choix de l'offre et à la sélection du concessionnaire....303
A. La négociation des offres : une faculté encadrée....303
1. De l'obligation de négocier à la liberté de négociation....303
2. Une liberté procédurale encadrée....305
B. Le renouvellement du régime des critères de sélection du concessionnaire....306
1. La soumission des critères d'appréciation des offres au principe d'intangibilité....306
2. L'obligation nouvelle de publication du système de mise en œuvre des critères....308
Conclusion du titre I....309
TITRE II. L'ENCADREMENT PROGRESSIF DU RÉGIME D'EXÉCUTION DE LA CONCESSION....311
CHAPITRE I. L'ACTUALISATION DU RÉGIME DE L'EXÉCUTION DES CONCESSIONS....315
Section I. L'ajustement du régime des prérogatives de l'autorité concédante....319
§ 1. La cristallisation des prérogatives de premier degré et la contractualisation du pouvoir de modification....319
A. La stabilité des prérogatives de contrôle et de sanction de l'exécution du contrat de concession....320
1. L'affermissement du pouvoir de contrôle-surveillance dans les concessions....320
2. La justification du pouvoir de contrôle-sanction....323
B. La restructuration du pouvoir de modification unilatérale....324
1. Le rattachement du pouvoir de modification unilatérale aux principes généraux applicables au contrat administratif....324
2. Une perte de spécificité résultant d'une contractualisation constante du pouvoir de modification unilatérale....327
3. La perte d'automaticité entre la modification du contrat et le maintien de l'équilibre financier....329
§. 2 L'encadrement de la modification conventionnelle et de la participation des tiers à la concession....332
A. La novation du régime des avenants au contrat de concession....332
1. Les règles principielles encadrant la légalité des modifications conventionnelles....333
a. Une pratique ancienne des modifications conventionnelles....333
b. La limitation de la modification cristallisée autour de la notion de modification substantielle....334

2. Les modifications substantielles autorisées 337
a. L'admission des modifications opérées dans le cadre de la clause de réexamen de la concession 337
b. Le cas des modifications spontanées 338
B. Les régimes de la participation des tiers à l'exécution de la concession 339
1. L'admission conditionnée de la cession en tant que mécanisme d'organisation de la succession du concessionnaire 340
a. Les éléments de caractérisation de la cession de contrat administratif 340
b. L'admission exceptionnelle de la cession des concessions 342
2. L'acceptation de la « sous-traitance » européenne en tant que mécanisme « sui generis » de participation des tiers à l'exécution de la concession 345
a. L'identité juridique incertaine du mécanisme de participation d'un tiers à l'exécution partielle de la concession 345
b. L'existence conditionnée de la « sous-traitance » 346
Section II. Le renouvellement des règles juridiques encadrant la durée dans les contrats de concession 349
§ 1 La lente consécration de la limitation de la durée dans les concessions 349
A. Le traitement différencié de la durée dans les concessions de travaux et de service public 349
1. L'évolution du critère de la durée dans les concessions de travaux publics 350
a. La durée, caractéristique naturelle de la concession de travaux publics 350
b. La soumission de la durée des concessions de travaux publics au principe de libre concurrence 354
2. La consécration précoce du principe de limitation de la durée des concessions de service public 357
a. Un encadrement de la durée initiale 357
b. Une autorisation mesurée des prolongations 361
B. Une application désormais standardisée du principe de la limitation de la durée dans les concessions 364
1. L'application aux contrats de concession *ante* loi Sapin des règles jurisprudentielles encadrant la durée contractuelle 364
a. La création d'un principe jurisprudentiel résolutoire du sort des contrats conclus avant la limitation légale de la durée 364
b. Des conséquences juridiques à géométrie variable 367
2. La confirmation européenne et nationale de la relativité du principe de la limitation de la durée 368
§ 2. La novation des modalités de détermination de la durée 371
A. L'amortissement, un mécanisme "juridictionnellement" non identifié 371
1. Un mécanisme pluriel 371
a. La polysémie du concept d'amortissement dans les concessions 371
b. La problématique liée à l'arrimage de la durée contractuelle sur celle de l'amortissement 374
2. Les faiblesses de la détermination jurisprudentielle de la durée normale d'amortissement 376
a. Des principes jurisprudentiels de détermination 376

b. L'inadaptation du procédé jurisprudentiel....379
B. L'investissement, agrégat de la détermination de la durée de la concession....382
1. La pertinence de l'investissement dans la détermination de la durée contractuelle....383
a. Faiblesse de l'investissement et durée "standardisée" des concessions....383
b. La modulation de la durée par l'extension de la notion d'investissement....384
c. Le régime renouvelé de la modification de la durée : le cas de la prolongation de la concession....387
2. L'invitation à la rationalisation de la rémunération par un renforcement de l'encadrement du droit à retour sur investissement....388
CHAPITRE II. LE RENFORCEMENT DE L'ENCADREMENT DE L'EXTINCTION DE LA CONCESSION....393
Section I. L'*aggiornamento* des régimes de résiliation unilatérale des contrats de concession....397
§ 1. La lente reconnaissance de la résiliation unilatérale à l'initiative de l'autorité concédante....397
A. La dissipation des incertitudes relatives à l'applicabilité des pouvoirs de résiliation unilatérale dans la concession....398
1. La reconnaissance mouvementée de la résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général....398
2. L'admission récente de la déchéance du concessionnaire....401
B. L'ouverture de nouvelles d'hypothèses facultatives de résiliation unilatérale au service du respect des règles de passation....404
§ 2. L'admission conditionnée de la résiliation unilatérale à l'initiative du concessionnaire....405
A. Le maintien critiqué de la prohibition de l'exception d'inexécution à l'initiative du concessionnaire de service public....406
1. La consécration jurisprudentielle de la prohibition de l'exception d'inexécution....406
2. L'acceptation doctrinale et jurisprudentielle de l'exception d'inexécution....408
B. La consécration de l'exception d'inexécution dans les concessions hors service public....409
Section II. L'encadrement de la liquidation des biens et des engagements à l'extinction de la concession....411
§ 1. L'incomplétude du régime de la liquidation des biens des concessions....411
A. La catégorisation des biens dans les concessions de service public, de travaux et les délégations de service public....412
1. L'existence d'une trilogie des biens dans la concession....412
2. L'articulation du régime juridique des biens de retour autour de l'appartenance de principe au concédant....413
B. La nécessaire contractualisation du sort des biens de concession hors service public....415
1. L'attachement jurisprudentiel à la consubstantialité entre biens de retour et exploitation de service public....416
2. La compatibilité de la théorie des biens de retour avec la concession hors service public....417

§ 2. Le sort des engagements du concessionnaire dans l'hypothèse de la fin anticipée de la concession ... 418
A. La « substitution » comme technique de sauvegarde des engagements ... 418
1. La légalité affirmée de la reprise des contrats d'engagement du personnel ... 419
2. La légalité discutée de la clause « subrogatoire » ... 420
B. L'admission encadrée du principe général de substitution des engagements ... 422
1. La consécration d'un principe général applicable aux contrats de service public ... 422
2. La généralisation du droit privé dans la résolution du sort des engagements dans les concessions de services ... 425
Conclusion du titre II ... 427
Conclusion de la deuxième partie ... 429
CONCLUSION GÉNÉRALE ... 431
BIBLIOGRAPHIE ... 437
I. Traités, manuels, précis et dictionnaires ... 439
II. Ouvrages spécialisés ... 441
III. Thèses ... 442
IV. Mélanges, colloques et autres ouvrages collectifs ... 446
V. Encyclopédies juridiques ... 448
VI. Articles ... 450
1. Périodiques ... 450
2. Articles étrangers ... 469
V. Rapports, études, commentaires ... 470
VI. Conclusions, notes et commentaires ... 470
VII. Jurisprudence française ... 473
1. Conseil constitutionnel ... 473
2. Conseil d'État ... 474
2.1. Fonction juridictionnelle ... 474
2.2. Fonction consultative ... 492
3. Cours administratives d'appel ... 494
3.1. Bordeaux ... 494
3.2. Douai ... 495
3.3. Lyon ... 495
3.4. Marseille ... 496
3.5. Nancy ... 496
3.6. Nantes ... 497
3.7. Paris ... 497
3.8. Versailles ... 498
3.9. Toulouse ... 499
4. Tribunaux administratifs ... 499
5. Tribunal des conflits ... 500
6. Juridictions judiciaires ... 504
VIII. Jurisprudence européenne ... 505

INDEX THÉMATIQUE 509
TABLE DES MATIÈRES 515