Laurent Mallavaux

La définition de l'équilibre économique des concessions de service public

---

MALLAVAUX Laurent. *La définition de l'équilibre économique des concessions de service public*, sous la direction de Jean-Luc Albert. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017.
Disponible sur : http://www.theses.fr/2017LYSE3057

Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »
Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.

N° d'ordre NNT : 2017LYSE3057

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON
opérée au sein de
l'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale n°492

École Doctorale de Droit de Lyon

Discipline de doctorat :
Droit public

Soutenue publiquement le 20/11/2017, par :
Laurent MALLAVAUX

LA DÉFINITION DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE DES CONCESSIONS DE SERVICE PUBLIC

Sous la direction scientifique de :

M. **Jean-Luc ALBERT**, Professeur agrégé de droit public, Université d'Aix-Marseille

Devant le jury composé de :

Mme. **Sophie NICINSKI**, Professeure agrégée de droit public, Université Paris-I-Panthéon-Sorbonne, Rapporteure,

M. **Florian LINDITCH**, Professeur agrégé de droit public, Université d'Aix-Marseille, Rapporteur,

M. **Gabriel ECKERT**, Professeur agrégé de droit public, Université de Strasbourg,

M. **Hervé de GAUDEMAR**, Professeur agrégé de droit public, Université Jean Moulin Lyon 3,

M. **Jean-Luc ALBERT**, Professeur agrégé de droit public, Université d'Aix-Marseille.

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur **Jean-Luc ALBERT** qui a dirigé mes travaux. Sa confiance et son appui ont sans nul doute permis à cette thèse d'aboutir. Recevez, Monsieur le Professeur, l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie chaleureusement Madame le Professeur **Caroline CHAMARD-HEIM** pour ses conseils avisés et sa constante disponibilité. Son soutien indéfectible et son appui ont été à l'origine de ce parcours.

Je remercie Monsieur **Jean-Baptiste VILA** pour notre conversation qui fut fondatrice dans la définition de ce sujet.

Je remercie **mes parents** pour m'avoir encouragé à faire « les plus longues études possibles ». Je remercie **Morgane**, pour son amour, sa patience, son réconfort, ainsi que pour son besogneux travail de relecture. J'espère que ces travaux seront votre fierté.

Je remercie aussi **Aurélie WATTECAMPS**, pour le modèle qu'elle est, le temps précieux accordé à nos échanges, et pour sa sincère amitié. Sois assurée de ma grande reconnaissance.

Enfin, je tiens à remercier mes collègues de l'équipe de **la mission « mode de gestion et DSP »** de la Métropole de Lyon qui ont répondu à mes incessantes sollicitations et avec qui j'ai beaucoup appris sur la « pratique » des délégations de service public.

Liste des abréviations et revues

A.C.C.P. :	*Actualité des contrats et de la commande publique*
A.C.L. :	*Annuaire des Collectivités locales*
A.J.C.A. :	*Actualité Juridique Contrats d'Affaires*
A.J.D.A. :	*Actualité Juridique Droit Administratif*
al. :	Alinéa
Ass. :	Assemblée
B.D.C.D.N.T. :	*Base documentaire du Centre national de documentation du Trésor public*
B.E.A. :	Bail emphytéotique administratif
B.E.H. :	Bail emphytéotique hospitalier
B.J.C.P. :	*Bulletin Juridique des Contrats Publics*
B.O.I. :	*Bulletin Officiel des Impôts*
Bull. civ. :	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambre civile*
C.A.A. :	Cour administrative d'appel
C. civ.	Code Civil
C.C.C. :	*Revue des contrats concurrence et consommation*
C.C.S.P.L. :	Commission consultative des services publics locaux
C.E. :	Conseil d'État
C.E.E. :	Communauté économique européenne
C.G.C.T. :	Code général des collectivités territoriales
C.G.I. :	Code général des impôts
C.G.I.A.N. :	Code général des impôts Annexe
C.G.P.P.P. :	Code général de la propriété des personnes publiques
Circ. :	Circulaire
C.J.C.E. :	*Cour de justice des Communautés Européennes*
C.J.E.G. :	*Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz*
C.M.P. :	Code des marchés publics
coll. :	Collection
COM :	Communication de la Commission européenne
comm. :	Commentaire(s)
concl. :	Conclusions
Cons. conc. :	Conseil de la Concurrence

Cons. constit. :	Conseil Constitutionnel
Contrats et Marchés publ. :	*Revue Contrats et Marchés publics*
Contrats publics :	*Revue Le Moniteur des Contrats publics*
C.P. :	Code Pénal
C.P.-A.C.C.P. :	*Revue Le Moniteur des Contrats Publics*
C.S.P.-D.S.P. :	*Complément Services publics – Délégation de service public Le Moniteur*
C. urba. :	Code de l'urbanisme
D. :	*Recueil Dalloz-Sirey*
Dalloz IP/IT :	*Revue Dalloz de la Propriété Intellectuelle et du numérique*
Déc. :	Décision
D. P. :	*Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*
Dr. Adm. :	*Revue de Droit Administratif*
Dr. Fisc. :	*Revue de Droit Fiscal*
E.D.C.E. :	*Etudes et documents du Conseil d'État*
Europe :	*Actualité du Droit de l'Union européenne*
Fasc. :	Fascicule
G.A.C.E. :	*Grands avis du Conseil d'État*
G.A.J.A. :	*Grandes décisions de la jurisprudence administrative*
Gaz. Pal. :	*La Gazette du Palais*
G.D.C.C. :	*Grandes décisions du Conseil constitutionnel*
G.D.D.A.B :	*Grandes décisions du droit administratif des biens*
G.F.P. :	*Revue Gestion et Finances publiques*
ibid. :	*ibidem*, au même endroit, là même
in :	Dans
Info. Soc.	*Informations sociales*
infra :	Ci-dessous
Instr. fisc. *:*	Instruction fiscale
J.-CL. Collectivités territoriales :	*Juris-Classeur Collectivités Territoriales*
J.C.P. A. :	*La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*
J.C.P. G. :	*La Semaine Juridique Edition Générale*
J.C.P.N. :	*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*
J.O.R.F. :	*Journal Officiel de la République française – Lois et décrets*
J.O.A.N. :	*Journal Officiel de l'Assemblée Nationale*
J.O.C.E. :	*Journal Officiel des Communautés Européennes*
J.O. Sénat :	*Journal Officiel du Sénat*

J.O.U.E. :	*Journal Officiel de l'Union Européenne*
L.	Loi
L.O.	Loi organique
Leb. :	*Recueil Lebon*
L.P.A. :	*Les Petites Affiches*
M.T.P.B. :	*Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*
n° :	Numéro
N.C.C.C. :	*Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*
obs. :	Observations
op. cit. :	*Opere citato*, dans l'ouvrage cité
ord. :	Ordonnance
p. :	Page
P.C.G. :	Plan Comptable Général
plén. :	Plénière
P.M.P. :	*Politiques publiques et Management public*
pp. :	Pages
préc. :	Précité(e)
Q. :	Question
R.A. :	*Revue administrative*
R.D. bancaire et fin. :	*Revue de Droit bancaire et financier*
R.D.C. :	*Revue Droit des Contrats*
R. Dr. civ. :	*Revue trimestrielle de Droit civil - Sirey*
R.D.P. :	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
Rec. C.C.:	*Recueil du Conseil constitutionnel*
Rec. C.J.C.E/C.J.U.E. :	*Recueil de la Cour de Justice de l'Union européenne*
Rép. Coll. Loc. :	*Encyclopédie des Collectivités Locales*
Rép. min. :	Réponse ministérielle
req. :	Requête
Rev. Concessions :	*Revue des concessions*
Rev. éco. :	*Revue économique*
R.F.A.P. :	*Revue française d'administration publique*
R.F.C. :	*Revue française de comptabilité*
R.F.D.A. :	*Revue Française de Droit Administratif*
R.F.D.C. :	*Revue Française de Droit Constitutionnel*
R.F.F.P. :	*Revue Française de Finances Publiques*
R.F.L. :	*Revue de Finance locale*
R.D.I. :	*Revue de Droit Immobilier*
R.I.D.C. :	*Revue Internationale de Droit comparé*

R.I.D. éco. :	*Revue Internationale de Droit économique*
R.J.E.P. :	*Revue Juridique de l'Économie Publique*
R.L.C. :	*Revue Lamy Concurrence*
R.L.C.T. :	*Revue Lamy Collectivités Territoriales*
R.L.D.A. :	*Revue Lamy Droit des Affaires*
S. :	*Sirey*
Sect. :	Section
S.P.A. :	Service public administratif
S.P.I.C. :	Service public industriel et commercial
SIEG :	Service d'intérêt économique général
S.I.G. :	Service d'intérêt général
S.N.E.I.G. :	Service non économique d'intérêt général
supra :	ci-dessus
t. :	Tome
T.A. :	Tribunal administratif
T.C. :	Tribunal des conflits
U.E. :	Union européenne
T.V.A. :	Taxe sur la valeur ajoutée
T.F.U.E. :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
T.C.E. :	Traité instituant la Communauté européenne
V.N.C. :	Valeur nette comptable
vol. :	Volume

Sommaire

INTRODUCTION **11**

PREMIÈRE PARTIE : LES CONDITIONS INHÉRENTES À L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE **61**

Titre I - La nature économique du service **65**

Chapitre I - Le service public objet économique 67
Chapitre II - Le droit d'exploiter contrepartie économique 125

Titre II - Le transfert du risque économique **175**

Chapitre I - Le risque d'exploitation pivot de l'équilibre 177
Chapitre II - Les effets du couple risque-temps sur l'équilibre 231

SECONDE PARTIE : LA PERMANENCE NÉCESSAIRE D'UN ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE **291**

Titre I - Le maintien d'un équilibre économique **295**

Chapitre I - La compensation pour reconstruire l'équilibre 299
Chapitre II - L'appréhension du déséquilibre économique 357

Titre II - Un équilibre économique à redéfinir **413**

Chapitre I - La légitimité du profit tiré de l'équilibre 417
Chapitre II - Le profit conventionnel, garantie de l'équilibre 479

CONCLUSION GÉNÉRALE **535**

BIBLIOGRAPHIE **541**

TABLE DES JURISPRUDENCES **599**

TABLE DES TABLEAUX, FIGURES ET ÉQUATIONS **625**

INDEX ALPHABÉTIQUE **627**

INTRODUCTION

« *On ne peut concevoir d'harmonie*
sans tendance à l'équilibre »[1].

1. Droit et Économie. Le droit et l'économie se sont longtemps exclus à tout rapprochement conceptuel et idéologique. La dissociation entre les disciplines se manifeste principalement par la divergence de leur objet d'étude. Elle est renforcée par la divergence du langage utilisé par chaque discipline pour théoriser, expliquer et expérimenter. Le droit préfère la Loi, les règlements, les conventions ou la jurisprudence. L'économie préfère les mathématiques, les statistiques, les probabilités.

2. Il serait toutefois anachronique d'affirmer la pérennité d'une telle dissociation entre ces *Sciences*[2], tant le droit et l'économie ont eu tendance à s'entremêler à un rythme exponentiel après la seconde guerre mondiale. L'ère de *mondialisation du droit*[3] a montré l'affect particulier entretenu désormais entre les deux disciplines. C'est notablement l'apport des *ingénieurs économistes*. On peut citer François TRÉVOUX et Henry LAUFENBURGER, dont les travaux respectifs et les débats vigoureux tenus sur la définition économique du service public[4], ont contribué à construire une approche moderne et réaliste du service public, et à suggérer des indices d'évolution du concept juridique. Ce sont aussi les travaux de Maurice ALLAIS qui peuvent être cités et dont l'approche néo-libérale n'est pas sans avoir eu d'influence sur la construction actuelle de l'économie européenne[5]. C'est d'ailleurs un autre exemple de la construction de l'Union européenne et du marché économique européen. La

---

[1] WEILLER (J.), « La conception classique d'un équilibre économique », *Revue d'histoire économique et sociale*, vol. 21, n°4, 1933, p. 320 (319-336).

[2] TROPER (M.), *La philosophie du droit*, 3ème éd., 2011, p. 26.

[3] LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, actes du colloque « Travaux du Centre de Recherche sur le droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Université de Bourgogne-CNRS, vol. 19, Paris, Litec, 2000, 612 p.

[4] DARD (O.), « Les économistes et le service public, d'une guerre à l'autre », *R.I.M.C.*, 2005/3, n°52-3, p. 119-131.

[5] « (…) *la science économique nous montre que, de tous les modes de gestion possibles de l'économie, seule une organisation à base parfaitement concurrentielle peut conduire au maximum d'efficacité, et qu'ainsi le problème économique fondamental est l'organisation de la concurrence* », ALLAIS (M.), « Le quatrième pouvoir et la démocratie », *Nouvelle Revue de l'Économie Contemporaine*, n°22, octobre 1951, p. 10.

norme européenne est l'affluent le plus important des *droits internes*. Elle est aussi la principale source de normes économiques, favorables à l'union économique et à sa croissance[6]. La norme, directive, règlement ou recueil des jurisprudences des juridictions européennes, y est un outil d'intégration économique, d'ouverture à la concurrence et d'harmonisation des économies étatiques.

3. Si l'association entre droit et économie paraît alors aujourd'hui actée, elle reste imparfaite. L'imperfection demeure quant à la difficulté toujours actuelle de *s'entendre* entre juristes et économistes, entre théorie juridique et théorie économique. Le juriste est encore trop réservé à se lancer dans l'appréciation causale de l'économie sur le droit, et du droit sur l'économie. Ce « *saut dans l'inconnu* » est rarement fait. Le démontrent souvent les approximations du droit quant à l'édification d'une norme sur le fondement de données économiques. Thomas PEZ illustre parfaitement ce *désordre* des notions par l'approche du droit, et particulièrement du droit des contrats administratifs, de la notion de risque[7], tout comme Laurent VIDAL explique les différentes influences des théories économiques dans les jurisprudences administratives relatives à l'équilibre financier des contrats administratifs. C'est alors que sous l'influence de telle ou telle théorie économique, la portée d'une notion juridique diffère ; mais cette influence n'est pas systématiquement l'exacte reproduction de la théorie économique, mais une inspiration subjective pour une application limitée dans le temps et pour une situation donnée[8]. Ce sont encore, et sans que la liste des travaux s'épuise[9], les travaux de Jean-Baptiste VILA sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs qui démontrent les lacunes du droit quant à la réalité du concept économique d'amortissement et les déficiences de sa transposition dans le bloc légal et jurisprudentiel appliqué aux contrats administratifs[10]. Or, ces lacunes sont un obstacle à la sécurité juridique, à sa compréhension, à son optimalité[11] et à sa mise en œuvre.

---

[6] T.F.U.E., Art. 3.

[7] PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs,* L.G.D.J., 2013, p. 2.

[8] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, 1392 p.

[9] Par exemple, BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, L.G.D.J., 2015, 672 p.

[10] VILA (J.-B.)*, Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse, université de Toulouse Capitole I, 2009, dir. MAZÈRES (J.-A.) et LINDITCH (F.), 1 vol. (477 p.).

[11] « *Le droit des contrats ne doit forcer l'exécution des engagements contractuels que si, et seukement si, cela savère économiquement optimal* », SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, P.U.A.M., 2015, 247 p.

4. Droit et Économie, convergence et régulation par la notion d'équilibre économique. Le droit et l'économie ont une tendance naturelle à converger l'un vers l'autre par la notion d'équilibre. D'aucuns considèrent que l'équilibre est un *standard* juridique pour expliquer ou au moins matérialiser un esprit d'équilibre[12]. L'équilibre est effectivement une notion transversale qui parcourt tout le droit et à chaque instant. L'emploi sémantique diffère souvent ; il est question d'équilibre économique, d'équilibre financier, d'équilibre économique et financier, d'équilibre budgétaire ou d'équilibre comptable. Parfois même on entend équilibre économique par des variantes telles que l'équivalence honnête, l'équivalence finale, la juste équivalence voire l'économie générale.

5. La convergence du droit et de l'économie par la notion d'équilibre économique est principalement liée à la fonction de régulation affirmée et assurée par l'État. Son rôle n'est plus tant d'intervenir directement sur le marché, mais d'en encadrer les pratiques et d'assurer l'autonomie de ce marché en correspondance avec les libertés qui y sont admises. L'État ne fait plus l'économie, il en prend compte[13]. Jean-Marc SAUVÉ a ainsi mis en avant cette nouvelle fonction dans son introduction du colloque « Corriger, équilibrer et orienter : une vision renouvelée de la régulation économique ». Selon lui, « *la régulation c'est, en ce sens, la création et le maintien des équilibres économiques dans certains secteurs, principalement les industries de réseau, dont la caractéristique, au moins en France, était d'être généralement soustraites, au nom de l'intérêt général, aux mécanismes du marché* »[14]. C'est en effet, ainsi renouvelée, que la fonction de l'équilibre économique est pleinement opérante et interactive entre droit et économie.

6. L'équilibre économique joue un rôle de régulateur juridique certain. Sa fonction principale n'est pas d'introduire l'équilibre, mais de traiter le déséquilibre soit par la création de « bouées » correctrices du déséquilibre, soit en affirmant que par équilibre, il faut entendre déséquilibre restreint ou déséquilibre limité. Droit privé et droit public sont sur ce point

---

[12] TRIGON (S.), *L'équilibre, standard du droit des contrats administratifs*, Thèse, université Jean Moulin Lyon 3, 2006, dir. SESTIER (J.-F.), 1 vol. (741 p.).

[13] C'est même le constat du système juridique à l'échelon internationl. « *Est-ce à dire que la mondialisation n'est que le fruit des modifications de la réglementation internationale du commerce et des marchés ? En vérité, ces modifications ne font que constater et entériner une dynamique dont les entreprises et les consommateurs sont les éléments moteurs* », RABU (G.), « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques, *R.I.D.E.*, 2008/3, t. 22, n°3, p. 24.

[14] Allocution de Jean-Marc SAUVÉ, colloque du 24 septembre 2013 à l'E.N.A.

précisément en accord ; si la force juridique de l'équilibre économique diffère entre eux, il est constant que la notion d'équilibre économique s'est construite avant tout pour répondre à des déséquilibres économiques significatifs.

7. L'équilibre économique joue aussi le rôle de régulateur économique. Sa fonction est alors d'apprécier et d'anticiper les conséquences économiques d'un système quel qu'il soit. Il peut être un système organisé entre deux particuliers par la voie conventionnelle ; mais il peut être un système organisé par l'État ou une personne publique pour la réalisation de ses politiques publiques. Le droit financier est sur ce point assez explicite. Bien qu'il n'y ait pas de principe contraignant d'équilibre budgétaire, l'État doit nécessairement voter un budget respectant l'objectif constitutionnel d'équilibre[15]. Les lois de finances s'appuient sur ce point sur une ligne directrice de l'équilibre où les dépenses et les recettes sont rationalisées et employées avec performance[16]. L'équilibre est, par ailleurs, strict pour les collectivités territoriales qui sont dans l'obligation d'adopter leurs budgets en équilibre réel. Pour y parvenir, elles votent en recettes et en dépenses, les sections d'investissement et de fonctionnement dans un équilibre comptable[17]. Le droit des aides d'État et le droit de la concurrence font aussi de l'équilibre économique une notion juridico-économique de la régulation du marché européen. C'est en ce sens que les aides publiques ne sont compatibles avec les traités et le marché que lorsqu'elles n'affectent pas, de fait ou de droit, les échanges économiques. Tout comme un droit exclusif, un monopole ou une position dominante, n'est valable que dans la limite de l'abus. L'équilibre économique d'une activité peut justifier l'octroi d'un droit supplémentaire ; mais ce droit supplémentaire ne doit jamais être contraire à l'équilibre économique et créer une captation de richesses au-delà d'un bénéfice raisonnable[18].

8. Équilibre économique du contrat, lieu de rencontre et consensus entre droit et économie. Le contrat est un objet discuté tant en droit qu'en économie. « *Quel meilleur terrain d'entente donc, entre les juristes et les économistes, que le contrat ?* »[19]. En tant

---

[15] Constitution, Art. 34.

[16] L.O.L.F., Art. 1er.

[17] C.G.C.T., Art. L.1612-4.

[18] Nota. C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-07747.

[19] SCHWEITZER (S.), FLOURY (L.), *préc.*, p. 187.

qu'objet matériel de l'échange[20], le contrat est un lieu de rencontre idéal entre le droit et l'économie, l'un donnant un cadre juridique à l'échange, l'autre faisant du cadre juridique un outil de l'échange. Pourtant, droit et économie ne sont qu'imparfaitement liés par l'objet contractuel. Il y a là une différence de définition : le droit est toujours trop strict dans ses conditions relatives au contrat ; l'économie est, elle, trop libérale[21].

9. L'analyse économique du contrat a permis de dégager différents courants théoriques explicatifs de « l'économie des contrats ». On peut en citer trois. D'abord, *la théorie des incitations* a la particularité de révéler la réalité économique de l'asymétrie informationnelle qui peut lier deux agents économiques. Cette asymétrie d'information nait de la connaissance du marché par « l'agent ». Elle constitue un avantage concurrentiel puisque cet agent a, par l'information détenue, la capacité d'adapter son comportement et d'anticiper les risques par des calculs de probabilité. L'autre agent économique, « le principal », est quant à lui dans une situation de sous-information. L'objet de la théorie des incitations est, comme elle le sous-entend, de donner des outils permettent d'inciter l'agent en position favorable, d'opter pour un comportement prédéterminé convergent vers les intérêts du principal. Cette théorie est au centre de l'équilibre économique contractuel lorsqu'il est fait recours aux modèles incitatifs de rémunération où le cocontractant peut espérer une rémunération de sa performance en fonction des objectifs qu'il atteint. Ensuite, *la théorie des contrats incomplets* participe à la modélisation des contrats. Dans un de ses modèles, la théorie explique que les agents économiques, dans un environnement écartant l'asymétrie informationnelle, vont s'engager par des contrats incomplets parce que l'institution qui les contrôle (« le juge ») n'est pas en mesure de vérifier le contenu de certaines clauses. Ainsi, les compétences réduites en connaissance et en capacité du juge font que les parties sont dissuadées de rédiger des contrats complets. Au contraire, il s'agirait là plutôt d'un risque pour l'échange. Dans ce modèle, la théorie des contrats incomplets se caractérise par deux périodes. La première est la période où un investissement se réalise et durant laquelle les agents ne disposent pas d'informations complètes et vérifiables sur les résultats de l'investissement, ce qui les place en situation de risque. La seconde est la période d'exploitation (échanges) qui est mieux connue et mieux

---

[20] « *La notion de contrat est à la fois une notion plus transversale et plus générale que la notion de marché* », BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.-M.), « Introduction : Éeconomie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Rev. d'économie industrielle*, vol. 92, 2ème et 3ème trimestres 2000, p. 26.

[21] *Ibid.*, p. 192.

maitrisée par les agents, et où « *les caractéristiques en termes de prix et de quantité sont les seules variables vérifiables* »[22]. Ici, un des agents dispose, dans une recherche d'optimalité, des droits de décision et fixe seul le « *niveau effectif de l'échange* »[23]. Dans ce schéma, la théorie des contrats incomplets a, par exemple, souvent été rapprochée des contrats concessifs pour tenter d'en expliquer le fonctionnement et la répartition des risques[24]. Elle parcourt aussi le droit des contrats administratifs, par exemple, avec l'insertion quasi-systématique de clauses de revoyure qui ne définissent non pas la résolution sur le fond de l'imprévu contractuel[25], mais un processus purement formel. Enfin, le troisième courant est celui de la *théorie des coûts de transaction* qui noue certains liens avec la théorie des contrats incomplets[26] et dont l'analogie peut aussi être employée avec les contrats de concession[27]. Dans la théorie des coûts de transaction, les agents sont réputés avoir une rationalité limitée[28] complétée par l'incertitude et la complexité de l'environnement contractuel. La combinaison de ces facteurs empêche toute anticipation des aléas et, en conséquence, décourage les parties à rédiger des contrats complets. La théorie des coûts de transaction vient apporter une explication sur la source des coûts engendrés en amont par les agents afin de contracter[29] malgré les incertitudes de l'environnement contractuel et, ainsi, d'éviter le recours à une instance juridictionnelle. Cette théorie économique se transpose quant à elle, aux mécanismes contractuels favorables à la renégociation, à la coercition et au maintien de l'équilibre économique, ainsi qu'aux modes alternatifs de résolution des conflits[30]. Elle explique et incite,

---

[22] BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.-M.), *préc.*, p. 30.

[23] *Ibid.*

[24] Par exemple, voir KIRAT (T.), « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *R.I.D. éco.*, n°1, 2003, p. 11 à 46.

[25] Car c'est à l'occasion de la rencontre entre les parties que le fond et la méthode retenue pour résoudre l'imprévu, seront négociés.

[26] FARÈS (M.), SAUSSIER (S.), « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Rev. française d'économie*, vol. 16, n°3, 2002, p. 193 à 230.

[27] V. SAUSSIER (S.), YVRANDE-BILLON (A.), *Économie des coûts de transaction*, Paris : Éd. La Découverte, coll. « Repères », 2007, 128 p. Notamment des contrats de concession de service public où les investissements à réaliser par le concessionnaire sont nécessairement spécifiques car empreints de contraintes juridiques et/ou techniques tirées de l'application de l'intérêt général, *Ibid.*, p. 204. Aussi, MÉNARD (C.), SAUSSIER (S.), « La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution d'eau en France », *Rev. économie publ.*, n°12, 2003/1, p. 99 à 129.

[28] Soit des capacités de prévention et de calcul limitées.

[29] Les coûts de contractualisation qui permettent de réduire ou de parer l'invérifiabilité de certaines hypothèses contractuelles avant la conclusion du contrat.

[30] BROUSSEAU (E.), GLACHANT (J.-M.), *préc.*, p. 32 et s.

par ailleurs, à recourir à la méthode de l'évaluation préalable des contrats et des modes de gestion du service public.

10. L'équilibre économique s'annonce comme le réceptacle de l'analyse économique et juridique pour être un outil de conciliation et de tempérance. Il permet de mêler finalité économique et nécessité juridique au sein du contrat. L'espérance d'un gain, finalité économique, se manifeste par l'équivalence des contreprestations, condition juridique. De même, la conservation du gain est permise par l'anticipation, la responsabilité contractuelle voire extracontractuelle. Ce consensus juridico-économique vaut quel que soit le contrat. Seuls varient les intérêts mis en relation justifiant qu'il soit imposé à l'échange plus ou moins de contraintes « *justes et utiles* »[31], retranscrites dans l'équilibre économique.

11. Pourtant, l'équilibre économique est souvent réduit à un simple outil de distinction entre contrats. L'équilibre économique joue un rôle prépondérant dans les contrats, privé ou public, en tant qu'instrument mesurant les droits et obligations, permettant ainsi la définition du contrat et la distinction de celui-ci d'autres modèles contractuels. En droit privé, l'équilibre économique permet de distinguer un contrat commutatif (équivalence des contreparties) d'un contrat aléatoire (contrepartie incertaine). Il est aussi l'outil simple de distinction entre un contrat onéreux (contrepartie économique) et un contrat conclu à titre gratuit (contrepartie unilatérale). Mais le rôle de l'équilibre économique est là très limité ; les théories civilistes du contrat préfèrent user du terme « *économie du contrat* »[32] tant parce que l'équilibre économique[33] n'est ni une condition de validité[34] ni dans l'essence même du contrat entre particuliers[35], que parce qu'il est un correctif des situations de détresse contractuelle[36]. De telle

---

[31] GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'économie industrielle*, 2000, vol. 92, n°1, p. 90.

[32] Pour une étude récente sur la question, ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, université Clermont I, 2005, dir. MESTRE (J.) et PORACCHIA (D.), 1 vol. (340 p.).

[33] « *La théorie de l'autonomie de la volonté n'aboutit d'ailleurs que très partiellement à un équilibre économique. Peu importe, finalement, le résultat concret du contrat, dès lors que les cocontractants ont agi, l'un et l'autre, en toute connaissance de cause, sans erreur, sans dol et sans violence. La liberté de s'engager, dès lors qu'elle est respectée, prime le résultat concret de l'engagement.* », PÉRINET-MARQUET (H.), « Les aspects économiques du contrat de construction », *R.D.I.*, 2002, p. 1.

[34] C'est en ce sens que pour révéler un déséquilibre de l'économie contractuelle, le juge civil s'est fondé sur la cause du contrat, v. MESTRE (J.), « L'économie du contrat », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 901.

[35] La réforme du code civil n'a sur ce point rien changé à cette considération. Peut-on prendre les articles 1168 à 1171 du code pour s'en assurer. Ainsi, le défaut d'équivalence n'est pas une cause de nullité des contrats synallagmatiques ; la contrepartie doit être illusoire ou dérisoire mais non pas inférieure ou disproportionnée pour être une cause de nullité des

sorte que l'équilibre économique, subjectif, n'est invocable que pour des lésions contractuelles précises, ou subsidiairement dans des cas d'imprévisions irrésolues consensuellement.

12. Il en va tout autrement des contrats administratifs. L'équilibre économique est un *principe* sans lequel il n'y a pas de contrat administratif. Certains auteurs n'hésitent pas à placer l'équilibre économique au rang des règles d'ordre public[37]. Le professeur François LLORENS écrit en ce sens que « *(...) le Conseil d'État semble vouloir lui reconnaître une valeur supérieure à celle des actes administratifs à caractère règlementaire* »[38]. L'équilibre économique s'impose aux parties même dans le silence du contrat[39]. La recherche de l'équilibre économique, et de sa permanence au contrat, sont des caractéristiques du contrat administratif. C'est en toute logique que seul l'équilibre économique est en mesure de distinguer les différents modèles de contrats administratifs. Ce raisonnement, suivi par le législateur interne et européen, est le plus pertinent et le plus efficient pour définir le contrat, établir sa singularité, et le distinguer concrètement de modèles voisins mais jamais identiques.

13. Primauté de l'équilibre économique dans la définition des contrats administratifs et besoin d'individualisation du modèle de la concession de service public et de travaux publics. La spécialisation du droit des contrats administratifs et leur diversification croissante contribuent à une perte d'authenticité et d'individualité de chaque modèle contractuel. Ce « *redoutable problème de frontières* »[40] génère une insécurité contractuelle auprès des décideurs publics. Ces derniers, et face aux exigences procédurales du droit européen, ne

---

contrats onéreux ; enfin seules les clauses créant un déséquilibre significatif sont réputées non écrites dans les contrats d'adhésion.

[36] C. civ., Art. 1195.

[37] Selon J.-M. AUBY, « *L'arrêt du 2 février 1983 en déclarant que le moyen tiré de la violation de ce principe manquait en fait suppose, semble-t-il, que ce principe s'impose à l'Administration non seulement dans l'exécution de ses contrats, mais également dans la réglementation qu'elle établit à propos des contrats* », note sur C.E., 2 fév. 1983, req. n°34027, *Union des transports urbains et régionaux*, *Leb.* p.33 ; *R.D.P.* 1984, p. 22.

[38] LLORENS (F.), note sur C.E., 2 fév. 1983, *préc.*, *R.F.D.A.*, 1984, n°0, p. 45.

[39] *Ibid.*

[40] BRENET (F.), « La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions », *R.F.D.A.*, 2003, p. 252.

peuvent combiner innovation et imagination contractuelle sans risques juridique et contentieux. Ce constat manifeste une complexité sous-jacente à l'équilibre économique et aux difficultés que le législateur, le juge ou la doctrine ont eues et ont encore à le définir. Ce risque est d'autant plus élevé pour les concessions de service public et de travaux publics. Modèle de *contrat complexe*, il est aussi le modèle historique du contrat administratif contemporain. La complétude de son économie générale en a fait un référent pour le développement des modes de gestion du service public et, au-delà, une source d'inspiration des modèles contractuels. La construction de son équilibre économique inspire plus que jamais ce qui est appelé « commande publique », faisant de lui un choix d'étude privilégié (Section 1). Mais c'est surtout par l'étude des caractéristiques de l'équilibre économique de la concession de service public et de travaux publics, que la sauvegarde de sa singularité peut être opérée. L'étude dans la définition de son équilibre économique permet de dépasser certaines notions isolées ou réductrices par lesquelles l'identification du contrat a pu être admise. Elle permet aussi de rappeler que bien que contrat administratif, et quoique service public, l'approche économique est une ligne directrice constante dans la définition de la concession. Aussi, il faut se soucier de l'équilibre économique de la concession de service public par des analogies pragmatiques. Celles-ci nous révèlent au principal que l'équilibre économique n'est jamais que le fruit d'une interdépendance et d'une interconnection constante de composantes dites « facteurs d'équilibres » (Section 2). La méthodologie retenue pour l'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public a permis, en ce sens, de reconsidérer l'équilibre économique au-delà de son acception théorique, tel qu'il semble désormais perçu par le législateur et tel qu'il doit être systématisé par les personnes publiques (Section 3).

Section 1 - Objet de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public

14. L'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public est une approche particulière du contrat. Lorsque l'on évoque le modèle de la concession, il est bien souvent question de la concession de service public, un peu plus rarement de la concession de travaux ou de la concession d'aménagement. Cela paraît légitime tant la concession de service public a foisonné, s'est développée, puis connu une certaine consécration juridico-économique au travers de la notion de *délégation de service public*.

15. Toutefois, la *concession* n'est pas uniquement la concession de service public. La concession de service public elle-même est d'ailleurs l'objet d'une généralisation car, manifestement, la pratique, le langage et l'usuel ont fait que par concession de service public, il est bien généralement entendu concession de service public avec travaux publics. Mais l'abus de langage est allé plus loin avec l'assimilation des concessions aux concessions de service public, et des concessions de service public aux délégations de service public. La « concession de service public » est devenue une appellation commune par laquelle on entend parfois « affermage » ou tout simplement « délégation de service public ».

16. Pour l'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public, ces assimilations, confusions et abus ne peuvent être satisfaisants. Ils sont cependant tout à fait révélateurs d'une réalité juridique et économique. D'abord juridique, puisque la concession de service public correspond à un contrat particulier, traité dans un bloc de légalité à part, distingué nettement des autres contrats par différents critères plus ou moins efficients. Puis économique, puisque la concession de service public correspond à un plus grand ensemble conventionnel, les partenariats public-privé, dont le recours est justifié par la volonté d'externaliser le financement et la gestion d'une opération publique emportant des investissements.

17. L'équilibre économique joue un rôle fondamental dans l'explication du modèle concessif et dans la révélation de ses caractéristiques intrinsèques. L'équilibre économique de la concession de service public conserve sa singularité dans un panel conventionnel fourni, divers mais volontairement harmonisé (§1). Néanmoins, l'équilibre économique, aussi important et fondamental qu'il soit, n'est pas traditionnellement utilisé pour définir et qualifier le contrat administratif. L'équilibre économique ne connaît qu'une *notoriété* relative et une portée restreinte. Les précédents démontrent que « l'équilibre économique », appelés autrements *équilibre financier*, *équilibre économique et financier*, *équation financière*, sans qu'il y ait de différences de signification sensibles, est un *principe général du droit des contrats administratifs*. Ce *principe* est à réaction. Il ne détermine que peu la procédure de conventionnalisation. Il se déclenche préférablement à l'occasion de l'exécution du contrat. Pour être même plus précis, l'équilibre économique se déclenche à l'occasion de *déséquilibres économiques nés ou naissants* lors de l'exécution du contrat[41]. Ce constat se

[41] Le constat est d'autant plus marqué en droit civil. V. nota. LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, P.U.A.M., 2000.

vérifie encore actuellement, le principe général de l'équilibre financier est en tout état de cause, le principe général du *non déséquilibre financier au détriment du cocontractant*. Cette différence est lourde de sens et de conséquences (§2).

Paragraphe 1 – Les caractéristiques traditionnelles de l'équilibre économique sur le modèle économique de la concession de service public

18. Quel modèle de *concession* ? Pour étudier l'équilibre économique des concessions de service public et parvenir à la définir dans sa forme actuelle, il convient d'arrêter les caractéristiques essentielles du contrat dont il est question. Ce contrat est issu d'un modèle particulier, la concession, qui connaît des formes diverses et variées. Toutes ne nous intéressent pas dans cette étude. Il faut néanmoins les distinguer.

19. Le terme *concession* est défini dans sa locution latine par *concessio* dérivé de *concedere* soit l'action de concéder (*cedere* qui peut signifier *céder* ou *accorder* et le préfixe *con* qui signifie *avec*). L'étude éthymologique de *concession* ne donne pas d'indice particulier quant à la forme de l'action, mais en donne un sur sa finalité : « donner les moyens à quelqu'un de faire quelque chose ». La concession est donc l'acte, unilatéral ou conventionnel, par lequel une personne donne un *droit* de faire une action objet de l'acte. Par exemple, la concession d'une licence « *est le contrat par lequel le titulaire d'un brevet concède à une personne, en tout ou partie, la jouissance de son droit d'exploitation moyennant le paiement d'une redevance* »[42].

20. Fort de cette explication préalable, le droit public a été abondé par divers actes appelés *concessions*. La concession est, en règle générale, l'acte administratif autorisant, par la voie contractuelle, l'occupation du domaine public. Le terme *concession* y est souvent un « fourre-tout ». Il en va ainsi de l'usage des *concessions de voirie* qui recouvrent l'ensemble des conventions d'occupation du domaine public (encore autrement appelées *concessions domaniales*) mais qui se distinguent des concessions du service public de stationnement sur et hors voirie. Ou encore des *concessions d'outillage public* qui concernent tant des concessions relatives à l'occupation du domaine public martime, fluvial et aéroportuaire, que des

[42] BOI-BNC-SECT-30-10-10 du 12 sept. 2012.

délégations de service public par laquelle est assurée le service d'outillage public[43]. Ce sont aussi les *concessions de plage* dont la particularité peut-être, aussi, de confier l'exploitation d'un service public[44]. Ou encore les *concessions funéraires*[45], qui sont des conventions de longue durée conclues avec des particuliers pour l'octroi privatif d'emplacement sur le domaine public des cimetières. Ces différentes concessions, dont l'objet premier est d'autoriser l'occupation du domaine public, ne sont pas, en l'absence de dévolution de la gestion du service public, des concessions de service public.

21. La concession de service public intègre un autre champ de *concessions* dont la portée dépasse celle des autorisations d'occupation domaniale. Ces concessions sont des conventions par lesquelles la personne publique autorise le concessionnaire à réaliser puis exploiter des équipements publics avec ou sans prestations de service public. Ce sont des programmes d'investissement à finalité publique par lesquels la personne publique trouve le *moyen* de « faire faire » l'équipement ou le service public. Il a d'ailleurs été le *moyen* moderne le plus favorablement employé pour diverses infrastructures que « *sont essentiellement la construction de chemins de fer, l'aménagement des réseaux destinés à la distribution de l'eau ou du gaz* »[46], auxquels on peut ajouter la construction des usines de production électrique (hydroélectricité, barrage), des liaisons maritimes, des thermes, des halles et marchés, des mines de ressources, ou encore des infrastructures d'éclairage public, d'autoroutes, et autres infrastructures qui nous sont plus contemporaines[47]. Les caractéristiques de ces concessions ont évolué, mais n'ont pas sensiblement changé, permettant d'en faire l'état.

---

[43] LLORENS (F.), « Les concessions d'outillage public sont des DSP », *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2001, comm. 74. *A contrario*, les concessions de terminal portuaire de l'article L.5312-2 du code des transports, sont des concessions de service « simple » faute au cocontractant d'assurer, entre autre, « *lui-même l'exploitation des outillages portuaires de manutention* », C.E., 14 févr. 2017, req. n°405157, *Société Sea Invest Bordeaux c. Grand Port Maritime de Bordeaux et société de manutention portuaire d'aquitaine*, *Leb.* ; *D.A.*, 21 févr. 2017, note GENTY (L.) ; *A.J.D.A.*, 2017, p. 326 ; *A.J.C.T.*, 2017, p. 282, obs. GRIMAUD (P.), VILLEMAGNE (O.) ; *A.J. Contrat*, 2017, p. 184, obs. DREYFUS (J.-D.) ; *R.T.D. com.*, 2017, p. 295, note LOMBARD (F.).

[44] Qui peut être aussi une délégation de service public mais, comme on le verra plus loin, sans pour autant être une *concession de service public,* C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle, A.J.D.A.*, 2005, p. 1686, note DREYFUS (J.-D.) ; *B.J.C.P.*, 2005, p. 381, concl. BOULOUIS (N.).

[45] C.G.C.T., Art. L.2223-13.

[46] BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault, 1978, p. 3.

[47] Pour un historique approfondi, v. BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, L.G.D.J., t. 206, 1999, 639 p.

22. Quelles caractéristiques du modèle économique de la concession ? La doctrine s'est très tôt penchée sur le modèle économique de la concession pour en tirer une synthèse et établir des distinctions contractuelles. Bien que l'on puisse remonter à la fin du 19ème siècle, il faut remarquer que les caractéristiques intrinsèques de la concession ont conservé une modernité et une actualité. Leur étude systématique donne les contours de la *concession* telle qu'elle est de nos jours et telle qu'elle est perçue au niveau supranational.

23. Préalable de la concession : l'indifférence de l'objet contractuel. Dès à présent, il convient de préciser que le contrat de *concession* connaît un modèle économique et juridique indépendant de la nature de son objet. Telle qu'elle est dans sa modernité, la concession s'est construite préalablement par son objet attaché à des *travaux publics*, c'est donc par ce préalable que les caractéristiques suivantes peuvent être révélées. Il faut aussi préciser que l'extension de la notion de service public n'y a rien changé[48]. Le fait que l'activité d'intérêt général poursuivie dans le cadre d'une concession de travaux publics soit souvent synonyme d'activité de service public[49], a redéfini plus précisément l'opération comme une concession de travaux publics et de service public[50] ou de concession de service public et de travaux publics[51]. Maurice HAURIOU parlait alors de la concession « publique » et la définissait comme « *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 règlementaire, grâce aussi à une rémunération prévue contractuellement et résultant généralement de taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service* »[52]. L'objet de service public vient toutefois apporter un supplément de singularité aux concessions, notamment dans l'intégration économique des sujétions qui lui sont propres.

---

[48] V. BEZANÇON, *préc.*, p. 396 à 428.

[49] T.C., 28 mars 1955, req. n°01525, *Association syndicale de reconstruction de Toulon c. Effimieff*, *Leb.*, p. 617, *G.A.J.A.* n°70.

[50] Par exemple, v. note HAURIOU (M.) sous la décision C.E., 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c. Ville d'Angoulême*, *S.* 1904, n°3, p. 81.

[51] Christian BETTINGER a su résumer à cet égard que « *la vérité oblige à dire qu'il y a peu de concessions de service public à l'état pur et qu'il y a encore moins de concessions de travaux publics à l'état pur. Les deux procédés juridiques sont intimement mêlés. Dans la pratique, on dit volontiers des concessions qu'elles tiennent de l'un et de l'autre types* », *préc.*, p. 8.

[52] HAURIOU (M.), Précis de droit administratif et de droit public, Paris : Dalloz, 12ème éd., 2002, p. 940.

24. L'étude actuelle s'attache d'ailleurs à la définition de la concession dont l'objet est le service public et qui emporte des investissements. Elle regroupe alors les concessions de service public sans travaux publics (investissement de type mobiliers) ainsi que les concessions de service public avec travaux publics préalables (investissements immobiliers et/ou mobiliers). C'est d'ailleurs cette dernière qui, en pratique, est appelée concession de service public[53].

25. Première caractéristique, la non-volonté (et/ou incapacité) pour la personne publique de réaliser par elle-même le projet d'investissement. Critère central de l'externalisation des projets d'équipements et/ou de services, la concession se démarque des autres contrats administratifs par la volonté de la personne publique de confier à un tiers un projet global d'investissement. S'il est invoqué des raisons techniques[54], industrielles ou *commerciales* pour ne pas réaliser soi-même l'investissement[55] et l'exploiter, le constat réel conduit souvent à une décision dictée par l'écrêtement de la capacité d'investissement des personnes publiques[56], voire dictée par des considérations d'opportunité[57].

---

[53] La *concession de service public* est souvent utilisée de manière généraliste pour identifier une *délégation de service public*. Cet usage est une déformation pratique ou un abus de langage car, hormis des cas exceptionnels d'affermage avec *clauses concessives*, seule la concession de service public (avec/sans travaux publics) emporte des investissements.

[54] Sous l'empire des contrats de partenariat, il était question de justifier « d'une urgence et d'une complexité » pour recourir au contrat. Désormais, les marchés de partenariat doivent justifier d'un bilan financier plus avantageux que les autres modes contractuels, Ord. n°2015-899, Art. 75. Pour les marchés globaux, il est question d'une justification « d'ordre technique », *ibid.*, Art. 33 et s.

[55] « *pour lui éviter d'engager ses ressources propres* (…), *pour lui éviter d'être obligée de recourir parfois à des emprunts plus ou moins onéreux, on a songé à s'adresser à des tiers, particuliers ou sociétés, pour assurer le service public. On est ainsi arrivé au contrat de concession* », concl. CHARDENET, p.128, sous C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Leb*. p.125.

[56] Le recours aux contrats de concession ou à des méthodes de baux et autres contrats externalisants le financement et l'exploitation du service, n'est pas récent. Nombreuses conventions ont été passées par le passé, à l'instar des *concessions de mines et de houilles* ou des *concessions de chemin de fer*, et dont la cause principale était de mobiliser un financement important auprès des opérateurs économiques en lieu et place du budget de l'État.

[57] Incontestablement, l'opportunité dans le choix de gestion du service public est une facette à ne pas négliger de la libre administration des collectivités territoriales, ainsi que de la « liberté » laissée aux personnes publiques pour recourir, sans évaluation préalable, à une délégation de service public. Comme le font remarquer certains auteurs, « *certains élus sont ainsi cronfrontés à un dilemme s'inscrivrant au cœur d'une problématique économique classique : make or buy* », RICHET (C.), SOULÉ (B.), DURAND (C.), « L'approche économique de la gestion déléguée en question – Le cas des complexes aquatiques », *Rev. fr. de gestion*, n°195, 2009/5, p. 44.

26. Il s'agit là d'une exception au principe d'origine légale selon lequel la personne morale de droit public ne peut se défaire de son rôle de maître d'ouvrage, « *fonction d'intérêt général* »[58]. Ce principe, largement émietté en réalité avec l'expansion du « contrat global »[59], interdit de confier à un seul et même prestataire les fonctions de maître de l'ouvrage et de maître d'œuvre puis d'entrepreneur/exploitant. Telle est la conception de la *concession* qui dépasse en son traité, le rapport *mandant-mandataire* de la maîtrise d'ouvrage[60]. Le concessionnaire est véritablement maître d'ouvrage et chargé de réaliser toutes les études techniques préalables, sous sa responsabilité, nécessaires à la réalisation du projet. Si le concédant dispose de son droit de contrôle à chaque instant de l'exécution du contrat ce n'est, en phase de réalisation des investissements, que dans le cadre d'un contrôle limité (par exemples : visite de chantier, concertation, communication des informations essentielles). Aussi, et c'est un point cardinal du recours à l'*externalisation*, il revient au concessionnaire de rechercher, assurer et assumer le coût de financement de la réalisation du projet. De la sorte, le financement de l'opération est transféré au concessionnaire ; le concédant est réputé ne pas intervenir. En réalité, tant parce que le *risque lié aux investissements* peut être partagé par l'octroi d'une aide publique protéiforme que pour alléger les frais de financement du concessionnaire et *in fine* contenir le tarif du service public, la personne publique concédante est souvent liée par un partenariat financier sur l'investissement nécessaire au service public.

27. Deuxième caractéristique, la continuité des *phases* concessives assurée par un cocontractant unique. Le modèle économique de la *concession* démontre une unicité physique du cocontractant dans la réalisation successive des phases de la concession. Sans en refaire l'étude historique[61], il y a une constante dans les véritables contrats de concession de service public emportant des investissements préalables, que l'investisseur est identique à l'exploitant. Pour Albert DREYFUS, il s'agit véritablement ici du *criterium de la concession*.

---

[58] L. n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, Art. 2.

[59] Ces contrats foisonnent : M.E.T.P. ; B.E.A. avec ou sans délégation de service public ; A.O.T. avec droits réels ; contrats de partenariat puis marché de partenariat ; B.E.H. ; marché public de mobilier urbain ; marchés publics globaux de performance ou autres « marchés publics globaux » prévus par l'ordonnance n°2015-899.

[60] *Ibid.*, Art. 3 et s.

[61] V. à ce sujet, BEZANÇON (X.), *préc.* L'auteur situe l'invention de la « concession » soit le contrat par lequel le pouvoir confiant à un tiers la réalisation de travaux ou d'ouvrages nécessaires à la conservation du patrimoine ou à l'utilisation de tous, aux 16ème et 17ème siècles.

L'objet du contrat est l'investissement-réalisation puis, sans séparation, l'exploitation. Alors, le maître d'ouvrage est l'exploitant[62]. La concession se définirait ainsi comme le contrat par lequel la personne publique transfert la charge de l'investissement et la charge de l'exploiter à un seul et même cocontractant. Cette conception de la concession doit, pour être actuelle, nécessairement être complétée par l'idée *d'autonomie financière du concessionnaire vis-à-vis de l'autorité publique concédante*.

28. L'évolution des méthodes de financement de projet, la constitution de sociétés dédiées, de *consortium* à têtes multiples ou le recours à la cession de créances et à la *sous-concession*, ne changent rien à cette thèse. Pour la personne publique concédante, le responsable contractuel est unique, il s'agit du concessionnaire titulaire du contrat, qu'il fasse intervenir diverses personnalités morales (établissement financier, entrepreneur des travaux, exploitant ou sous-exploitant) ou qu'il réalise toutes ces phases seul.

29. Du moins, l'enseignement des jurisprudences de ces dernières années et l'évolution du cadre juridique imposent de reconsidérer « l'unicité » du concessionnaire. Les méthodes de report de risques ou les garanties économiques que ces montages autorisent, suggèrent qu'il soit étudié plus précisément le niveau d'autonomie financière du concessionnaire vis-à-vis de l'autorité concédante.

30. Troisième caractéristique : le modèle économique primaire de la redevance perçue sur l'usager de l'ouvrage ou du service. Cette caractéristique historique de la contrepartie des concessions trouvée dans une redevance perçue sur les usagers du service public ou de l'ouvrage public[63] a principalement deux fonctions. La première, est qu'elle est un moyen manifeste pour matérialiser une *autonomie financière* du concessionnaire. Bien qu'elle eut été discutée[64] (et aujourd'hui discutable), c'est ce principe qui a défini, jusqu'il y a peu,

---

[62] DREYFUS (A.), *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Éd. A. Pedone, 1896, p. 32.

[63] Léon AUCOC considérait que la redevance perçue sur les usagers constituait le *criterium essentiel* de la concession, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des Ponts et chaussées*, Éd. Dunod, 3ème éd., 1886, p. 301 et s.

[64] Albert DREYFUS s'exprime en ce sens et juge que la rémunération n'est pas un critère unificateur, *« mais c'est là une simple constatation économique : elle ne suffit pas pour fonder une règle juridique absolue, pour avancer que le droit de percevoir une redevance sur le public est la caractéristique du contrat de concession* ». Pour lui, ce n'est là qu'une vulgarisation juridique destinée à « *donner une idée générale* » du contrat. L'auteur estime qu'une concession de travaux publics a, au

l'équilibre économique de la *concession* puis, par extension, des contrats de délégation de service public. L'autonomie financière est caractérisée par la génération de recettes par le service public et par ses usagers. L'interface financière existe seulement entre le concessionnaire et l'usager ; la personne publique n'est que garante du bon fonctionnement par la réglementation du service et son contrôle. Aussi, la notion de redevance est particulièrement adaptée à la relation née de la concession. Le concessionnaire preste un service pour lequel il a droit à une contrepartie. On parle donc de redevance pour service rendu[65], modèle du financement direct du service public par ses bénéficiaires[66]. Le modèle économique se distingue, en principe, du financement par l'impôt, par la taxe, par un prix versé par la personne publique, par un loyer, ou par une redevance d'occupation du domaine public[67].

31. Or, l'équilibre économique de la concession n'est ni si exclusif, ni si manichéen. L'équilibre économique de la concession est rarement atteint par la seule construction du tarif constituant la redevance perçue sur l'usager du service public[68]. Jean DUFAU expliquait que « *dans le cadre de la conception classique, le concessionnaire est rémunéré au moyen de sommes – appelées redevances – perçues exclusivement sur les usagers du service. Mais ce*

---

contraire, pour critères la continuité des phases concessives et l'unicité du concessionnaire, *préc.*, p. 35 et s. Cette vision est par la suite reprise par Christian BETTINGER, *préc.*, p. 7.

[65] V. nota, NICINSKI (S.), *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, 2003, 1 vol. (564 p.) ; EISINGER (T.), *Contribution à l'analyse des redevances pour service rendu perçues par les communes et leurs intercommunalités*, Thèse, université Aix-Marseille 3, 2015, dir. LAMBERT (T.), 1 vol. (372 p.).

[66] Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La Documentation française, 2002, p. 14 ; V. aussi, BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 289, 2015, (672 p.).

[67] *Ibid.* Pourtant, il est rare en pratique de différencier la redevance pour service rendu à verser à la personne publique délégante d'une redevance domaniale. Cela est d'autant plus complexe que la qualification de la redevance domaniale est soumise à l'indentification intrinsèque d'une *prestation de service* pour son assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée.

[68] Dans sa forme ancestrale, la contrepartie de la concession pouvait d'ailleurs être un impôt, une taxe, des droits de péage, des baux, des loyers, des prérogatives exorbitantes, des garanties, des subventions, de redevances ou la combinaison de plusieurs d'entre ces possibilités, BEZANÇON (X.), *Essai sur les contrats de travaux et de services publics : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, L.G.D.J., 1999, 639 p.

principe d'une rémunération versée par les usagers n'est pas toujours respecté »[69]. Cette affirmation suggère une interprétation en filigrane de la redevance perçue sur l'usager du service ou de l'ouvrage. La redevance perçue sur l'usager s'interprète comme l'interdiction d'un équilibre économique exclusivement assis sur la seule intervention financière de la personne publique[70]. Cet élément a même été fondamental dans l'identification d'un marché public dont le *prix versé* par la personne publique était construit selon les mêmes principes qu'une redevance perçue sur les usagers[71].

32. L'autre fonction de la *redevance* était essentiellement de distinguer les contrats entre eux. Ainsi, à la fin du 19ème siècle, Léon AUCOC relevait trois modes contractuels pour réaliser des travaux publics. Le premier est la régie soit « *le système dans lequel l'administration institue, pour assurer la marche des travaux, un intermédiaire qui gère ses intérêts en qualité de régisseur* ». Cette régie est dite « *simple* » lorsqu'elle est sous la direction d'un préposé de l'État qui est rémunéré par un forfait fixe ; elle est dite « *intéressée* » lorsqu'elle fait appel à un tiers qui perçoit une indemnité « *proportionnée aux dépenses* ». Le deuxième est l'entreprise ou « *marché* ». L'auteur explique que « *L'entreprise diffère de la régie en ce que l'entrepreneur, qui contracte avec l'administration, s'engage, moyennant un prix donné et sous certaines conditions, à exécuter un travail en courant des chances de gain ou de perte, suivant qu'il aura plus ou moins bien fait ses calculs ou que les circonstances seront plus ou moins favorables* ». Le troisième, c'est la concession soit « *le contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent à exécuter le travail, à la condition d'être rémunérées de leurs soins et de leurs dépenses, non pas par une somme d'argent que leur paye directement l'administration après l'achèvement du travail, mais par la perception d'une rétribution imposée pour un temps plus ou moins long aux particuliers qui profitent du travail* ».

33. Cet usage de la redevance s'est prolongé dans le temps avec des difficultés pour distinguer les contrats de concession de ses proches voisins. L'illustration la plus célèbre

---

[69] DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, éd. Le Moniteur, 1979, p. 29

[70] Edouard LAFFERRIÈRE définissait déjà les concessions comme « *des contrats qui chargent un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public à ses frais, avec ou sans subvention ou garantie d'intérêt, et qui l'en rémunèrent en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage, avec le droit de percevoir des péages ou des prix de transport* », *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1888, p. 118.

[71] C.E., Sect., 26 nov. 1971, req. n°75710, *S.I.M.A.*, *Leb.*, p. 723, *R.D.P.*, p. 239, concl. GENTOT (M.) ; *A.J.D.A.*, 1971, p. 649.

demeure celle du marché d'entreprise et de travaux publics[72]. Une autre plus récente se trouve dans les contrats de partenariat[73].

34. Pourtant, cette approche egocentrée sur la *redevance* n'a pas survécu aux délégations de service public[74]. La jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône*[75] et les dispositions de la loi *Sapin* qui lui ont été postérieures ont modifié l'angle d'appréciation du contrat de concession : ce n'est pas le lien direct entre la rémunération et l'usager qui servirait de critère, mais le lien direct entre la rémunération et les *résultats d'exploitation*. De fait, cette notion de résultats d'exploitation a condamné celle de redevance perçue sur les usagers faisant d'elle une notion *dépassée* auquel on préfère l'équilibre économique de l'exploitation[76]. Cette tendance s'est confirmée avec la notion de *droit d'exploiter*, contrepartie du risque tel qu'introduit par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions[77].

35. Quatrième caractéristique, le modèle économique de l'*entreprise* et la présence du risque. Le modèle économique de la concession ne saurait être détaché de la notion de risque. On voit que par des formulations diverses, cristallisées par la suite dans la notion de *risques et périls*, la doctrine a conforté une conception de la concession par laquelle le concessionnaire accepte une incertitude : la réussite de l'exploitation - qui s'exprime par un résultat positif et bénéficiaire - n'est pas acquis. C'est la conception du risque par l'éventualité *de pertes* et les chances de *gains*. Pour Albert DREYFUS, « *c'est sur les bénéfices résultat de l'exploitation qu'il trouvera la rémunération de ses déboursés et de son industrie. L'État, ou du moins l'autorité concédante, lui abandonne le travail, qu'il exécute à ses risques et périls et qu'il exploite ensuite avec toutes les chances de gains ou de perte que comportent les entreprises particulières – sauf à corriger par des conventions financières ce qu'une application absolue*

---

[72] COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 2007, p.60 ; MELLERAY (F.), « Le METP, un nouveau lazare juridique », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1260.

[73] LINDITCH (F.), « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *J.C.P. A.,* n°51, 19 Décembre 2011, 2394.

[74] C.E., 11 déc. 1963, req. n°55972, *Ville de Colombes*, *Leb.*, p. 612.

[75] C.E., 15 avril 1996, req. n°168325, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc, R.F.D.A.*, 1996, p. 715, concl. CHANTEPY (C.) et note TERNEYRE (P.) ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 806, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.), *C.J.E.G.*, 1996, p. 270, note SAVIGNAT (R.).

[76] VIDAL (L.), « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147.

[77] Ord. n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *J.O.R.F.*, n°25 du 30 janvier 2016, texte n°66, Art. 8.

de ce principe pourrait avoir de trop aléatoire »[78]. Maurice HAURIOU[79], Léon AUCOC[80], ou des auteurs contemporains comme ceux du *Traité de droit administratif*[81], ont fait du risque une caractéristique insoluble de la concession par ses effets sur les résultats finaux de l'exploitation.

36. Ces considérations sur le lien quasi-logique entre concession et risque, permettent d'affirmer que le concessionnaire agit pleinement en tant qu'*entreprise*[82]. En effet, la notion de risque est issue de la matière économique et non à celle du droit administratif. De telle sorte que la concession doit s'apprécier comme un objet économique aux effets économiques. Le concessionnaire accepte le risque de la concession[83] et le concédant accepte que le concessionnaire exécute le contrat aussi « *pour lui-même* »[84]. C'est là une des justifications du profit particulier généré par l'exploitation d'une concession[85].

37. Pour autant, l'étude du risque dans les concessions de service public n'a jamais pleinement permis de l'identifier de manière indépendante ou autonome, comme son critère de définition[86]. On remarque qu'il a sans cesse été lié au mode de rémunération, à la source de la rémunération[87], au volume de la rémunération[88], ou à la nature des charges imputables au

---

[78] DREYFUS (A.), *préc.*, p. 16 et 17.

[79] *Supra*, p. 20.

[80] *Préc.*, p. 302.

[81] DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, *L'organisation administrative, la juridiction administrative, les actes et l'objet de l'action administrative, la responsabilité de l'administration*, 14ème éd., L.G.D.J., p. 824.

[82] Non dans le sens du contrat dit d'*entreprise* qui se rapproche du marché public tel que défini par AUCOC, mais de la véritable *entreprise*, dans sa définition noble, celle d'entreprendre quelque chose en connaissant les risques et en supportant toutes les conséquences.

[83] « *À côté d'éléments certains, le contrat comprenait des éléments aléatoires, il comportait un risque pour l'avenir, risque que le concessionnaire a connu et qu'il a couru que parce qu'il voulait le courir* », concl. BLUM (L.), p. 218 sous C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie générale française des tramways, Leb*., p. 216 ; V. aussi, concl. JAEGERSCHMIDT (H.), sous C.E., 12 janv. 1895, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans, Leb.*, p. 32.

[84] DREYFUS (A.), *préc.*, p. 23.

[85] BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, Berger-Levrault, 1978, p. 117.

[86] Léon AUCOC définissait *l'entreprise*, autrement dit le marché, comme « *en ce que l'entrepreneur, qui contracte avec l'administration, s'engage, moyennant un prix donné et sous certaines conditions, à exécuter un travail en courant des chances de gain ou de perte, suivant qu'il aura plus ou moins bien fait ses calculs ou que les circonstances seront plus ou moins favorables* ». Le marché est donc lié au risque de gains ou de pertes, ce qui le distingue de la régie, *préc.*, p. 301 et s.

[87] C.E., 7 avril 1999, req. n°156008, *Commune de Guilherand-Granges*, *M.T.P.B*., n°4980, Mai 1999 ; *A.J.D.A*., 1999, p. 517, concl. BERGEAL (C.).

concessionnaire en cas d'occurrences d'aléas imprévisibles pour le concessionnaire[89], tout comme on remarque que le « risque » n'est ni uniquement présent dans les concessions[90], ni un principe inhérent à son équilibre économique[91]. Le risque ne se démarque alors dans les concessions que par son influence et ses effets déterminants sur les autres caractéristiques du contrat. C'est donc par une approche de l'équilibre économique que le risque s'insère dans la concession pour en exprimer la particularité.

38. La durée, fausse caractéristique ou « *fait* » de la concession. La durée du contrat de concession est une *semi-caractéristique* de la concession parce qu'elle n'est jamais une donnée suffisante pour l'identifier. On voit une évolution en deux temps. D'abord, la durée a été considérée comme un critère de fait. La concession, parce qu'elle lie la période de réalisation de l'ouvrage et la période d'exploitation du service public, doit avoir une longue durée pour permettre au concessionnaire d'espérer recouvrer son investissement puis se rémunérer. On parle de la durée comme un critère traditionnelle de la concession à l'opposé des durées convenues dans le cadre des marchés publics[92]. Or, il y a dans une longue durée trop peu de certitudes en tant que critère fonctionnel propre aux concessions. L'utilisation de contrats par la personne publique lui permettant de réaliser un besoin d'intérêt général tout en étalant sur une longue durée l'échéancier de paiement au cocontractant, réduit notablement

---

[88] Par exemple : C.E., 30 juin 1999, req. n°198147, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marais (SMITOM)*, *A.J.D.A.*, 1999, p. 714, concl. BERGEAL (C.).

[89] C.E., 10 janv. 1902, req. n°94624, *Compagnie nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*, *Leb.,* p. 5 ; *S.*, 1902.3.17, note HAURIOU (M.) ; C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie générale française des tramways, Leb*., p. 216, concl. BLUM (L.); *R.D.P.,* 1910, p. 270, concl. BLUM (L.), note JÈZE (G.); C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Leb*. p.125, concl. CHARDENET (P.), *GAJA*, p. 179.

[90] La doctrine en relève dans tous les contrats. Elle en trouve même paradoxalement dans les M.E.T.P., pourtant réputés non risqués par le juge, de par la présence d'un prix, COSSALTER (P.), *préc.*, p.60.

[91] C'est en ce sens que la logique juridique faisant un lien automatique entre risque et paiement public n'a pas de pertinence, dès lors que la nature de « concession » a été confirmée pour des contrats à paiement uniquement public. Exemples : C.E., 22 novembre 1935, *Sieur Chouard*, *Leb.*, p. 1080 ; C.E., 30 oct. 1936, *Sibille*, *Leb.*, p. 936.

[92] DUFAU (J.), *préc.*, p. 27.

l'intérêt de la durée pour définir le contrat de concession[93]. On remarque même que la « moyenne » concessive est de trente ans, bien loin des durées de baux emphytéotiques administratifs[94] ou des contrats de partenariats[95].

39. Puis, la durée est devenue une caractéristique intronisée par la norme. La loi du 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* a, en introduisant les délégations de service public, conditionné les contrats liant investissement préalable et exploitation du service public, à une *durée normale d'amortissement*. La jurisprudence *Commune d'Olivet* en a extrapolé une limite sectorielle, conditionnant les délégations de service public, concession comprise, à une durée maximale de vingt ans[96].

40. C'est aussi la transposition de la directive 2014/23/UE par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application du 1er février 2016[97], que la durée s'est affirmée comme une condition « caractéristique » du modèle concessif. Alors, la durée d'une concession, lorsqu'elle dépasse cinq ans, doit être déterminée en fonction du temps raisonnablement escompté pour amortir les investissements et opérer un retour sur capitaux investis. Cette formule constate encore, à l'identique des caractéristiques précédentes, que c'est par combinaison avec elles que la durée s'apprécie. C'est donc par l'équilibre économique que la durée et ses effets s'analysent pour définir la concession.

---

[93] Le besoin de distinction entre contrat pousse d'ailleurs la durée en dehors des critères raisonnables. Car, par exemple, la durée ne pouvait servir de différentiel entre M.E.T.P. et concession, MELLERAY (F.), « Le METP, un nouveau lazare juridique », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1260.

[94] Pour rappel, le B.E.A. peut être conclu pour une durée maximale de 99 ans. Une A.O.T. sur le domaine public de l'État ne peut, elle, être conclue pour plus de 70 ans.

[95] Les contrats de partenariat, ou désormais marchés de partenariat, jouissent d'une certaine liberté dans la fixation de leur durée. La seule condition qui leur est imposée est la définition d'une durée *ferme*. D. n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Art. 144. V. aussi VANDEPOORTER (A.), « La durée des contrats de partenariat », *C.P.- A.C.C.P,* n°150, Janvier 2015, p. 37.

[96] C.E., Ass., 8 avr. 2009, req. n°s 271737, 271782, *Compagnie générale des eaux c. Commune d'Olivet*, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1090, chron. LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.) ; p. 1747, comm. NICINSKI (S.) ; *R.F.D.A.*, 2009. 449, concl. GEFFRAY (E.).

[97] D. n°2016-86, *J.O.R.F.*, n°0027, du 2 févr. 2016, texte n°20.

Paragraphe 2 – Les usages traditionnels de l'équilibre économique appliqué aux contrats

41. L'équilibre économique ou financier du contrat est une *possibilité*. On prête souvent aux conclusions du commissaire du gouvernement Léon BLUM sous l'affaire *Compagnie générale française des tramways*[98], l'antériorité ou le « *point de départ* »[99], de la notion d'équilibre économique ou d'équilibre financier du contrat dans sa dimension de *principe général* traversant les contrats administratifs. Certes, la solution dégagée par le Conseil d'État dans l'affaire précitée a abouti à recueillir une solution en réponse à l'aléa de mutabilité spontanée subie par le concessionnaire. Mais, une lecture plus attentive permet d'appréhender la notion d'équilibre telle qu'elle est dans les contrats administratifs : l'équilibre économique est une contingence, il est une *possibilité*[100]. Et, en conséquence, le déséquilibre contractuel latent, né de mauvaises négociations, n'est jamais une cause de nullité[101].

42. En outre, cette possibilité connaît des justifications toujours valables et qui sont un reflet intrinsèque de la notion d'équilibre appliquée aux matières économiques. De manière transverse, l'équilibre économique ne vérifie jamais le postulat de l'égalité ; l'équilibre économique est plutôt une *utopie juridique* dont la réalité conclut plus certainement à une situation d'*équivalence* ou de *déséquilibre*.

43. L'équilibre économique, une *équivalence* dans les contrats privés et dans les contrats publics. En droit privé comme en droit public, il pourrait être préférable de parler d'équivalence économique plutôt que d'équilibre. En effet, par la notion d'équilibre transpire l'idée d'égalité (*aequilibrium* qui peut se traduire comme *une balance où deux poids sont égaux*), alors que le contrat met en jeu deux intérêts divergents qui trouvent un terrain d'entente dans des contreparties respectives estimées librement par elles, et considérées par

---

[98] C.E., *Compagnie générale française des tramways, préc.* ; *R.D.P.,* 1910, p. 270, concl. BLUM (L.), note JÈZE (G.).

[99] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *préc.*, p. 6.

[100] « *Messieurs, il est assurément dans la nature d'une concession de tramways, et il est dans l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible un équilibre entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées* », concl. BLUM (L.), *préc.*, p.

[101] Y compris à l'égard des contrats de concession et de sous-concession, C. cass., Civ. 1ère, 16 mars 2004, req. n°01-15.804, *Société Les Repas Parisiens c. Commune de Cluses et Association Foyer des jeunes travailleurs*, *D.*, 2004, p. 1754.

elles comme de même valeur[102]. C'est là une égalité subjective et non objective. De là s'extirpe une *justice* - « *Qui dit contractuel, dit juste* »[103] - sous-jacente à la notion d'équité (*aequitas* soit la balance entre deux conditions) et de son dérivé l'équivalence (*aequivalentia* soit la balance des valeurs)[104].

44. De manière synthétique, le droit des contrats privés fait de la liberté contractuelle une donnée saisissant toute la formation du contrat. Du code civil de *1804* à la récente réforme intervenue en 2016[105], l'équilibre économique n'est pas une condition *de jure* de la formation des contrats et de leur validité. L'article 1128 du code civil conditionne la validité du contrat au consentement des parties, à leur capacité, à la licéité et la certitude du contenu. L'équilibre économique n'est pas une condition mais une éventuelle conséquence[106]. De la sorte, le contrat est nécessairement équilibré si les conditions de validité sont cumulativement remplies ; le contrat a alors force de loi[107]. Alors, selon les parties en présence, on parlera non d'un certain équilibre économique contractuel, mais plutôt d'un certain déséquilibre économique[108]. Au mieux, l'équilibre se voit encadrer dans des situations spécifiques où un des cocontractants est réputé être en situation avérée de faiblesse. Tel est le cas pour les contrats relevant du droit de la consommation, ou encore des contrats relevant du droit du travail.

---

[102] « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* », C. civ., Art. 1136.

[103] Citation d'Alfred FOUILLÉE *in La science sociale contemporaine*, Hachette, 1885, 2ème édition, p. 43 et s.

[104] « *Pourtant, les lois mathématiques et économiques de l'échange sont-elles l'essence même de la justice sociale, ou n'en sont-elles pas simplement le côté extérieur ?- L'échange des objets implique un contrat entre les personnes, et l'égalité des objets échangés n'est que l'expression de l'égalité qui doit s'établir entre les libertés des contractants. Il faut en effet, pour qu'il y ait justice, que nos libertés s'acceptent l'une l'autre, et qu'au lieu d'être mises d'accord par un moyen extérieur elles s'accorrdent elles-mêmes.* », FOUILLÉE (A.), *préc.*, p. 44 à 45. V. aussi, LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, P.U.A.M., 2000.

[105] Ord. n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26, NOR : JUSC1522466R.

[106] « *La théorie de l'autonomie de la volonté n'aboutit d'ailleurs que très partiellement à un équilibre économique. Peu importe, finalement, le résultat concret du contrat, dès lors que les cocontractants ont agi, l'un et l'autre, en toute connaissance de cause, sans erreur, sans dol et sans violence. La liberté de s'engager, dès lors qu'elle est respectée, prime le résultat concret de l'engagement.* », PÉRINET-MARQUET (H.), « Les aspects économiques du contrat de construction », *R.D.I.*, 2002, p. 1.

[107] C. civ., Art. 1103.

[108] LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, P.U.A.M., 2000.

45. Dans les contrats administratifs, les intérêts en présence desservent nécessairement la constitution de l'équilibre. La présence de la personne publique a *de facto* pour effet *de déséquilibrer* le rapport de force[109]. La liberté contractuelle y est plus encadrée dès lors que les personnes publiques ont l'obligation d'organiser des procédures de mise en concurrence, plus ou moins négociées[110], pour attribuer les contrats dans les « meilleures »[111] conditions économiques. Aussi, selon l'objet du contrat et selon l'intérêt général concerné, le contrat peut être plus ou moins exorbitant[112]. Il place les parties dans une situation incomparable aux hypothèses possibles dans la sphère privée[113] ; soit une situation plus contraignante pour le

---

[109] Car la présence de prérogatives de puissance publique induit un « *rapport fortement inégalitaire au profit de la personne publique* », DESPORTES (F.), concl. sous T.C., 13 oct. 2014, *S.A. AXA France IARD c. MAIF*, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2014, comm. 322, ECKERT (G.) *; D.A.*, Janvier 2015, n°1, comm. BRENET (F.).

[110] Les délégations de service public ou les concessions, sont toutefois à part. Ces contrats font une place majeure à l'*intuitu personae*. La négociation est alors une obligation dans la procédure d'attribution (Ord. n°2016-65, Art. 46).

[111] Tel est l'objectif de principe de l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais, en pratique, il s'agit plutôt de retenir l'offre la moins disante et non l'offre la plus équilibrée.

[112] Tous les contrats de l'Administration ne sont toutefois pas des contrats administratifs. Le commissaire du gouvernement ROMIEU, dans ses conclusions dans l'affaire *Terrier*, a démontré que la présence d'un contrat administratif n'était pas systématique. Ainsi, « *le service peut, en effet, tout en intéressant une personne publique, ne concerner que la gestion de son domaine privé : on considère, dans ce cas, que la personne publique agit comme une personne privée* (…), *dans les conditions de droit commun. D'autre part, il peut se faire que l'Administration, tout en agissant non comme une personne privée, mais comme une personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, soit en passant un de ces contrats de droit commun d'un type nettement déterminé par le Code civil* (…), *qui ne suppose par lui-même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, soit en effectuant un de ces opérations courantes, que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier* » ; concl. ROMIEU (J.), C.E., 6 févr. 1903, req. n°07496, *Terrier*, *S.* 1903.3.25 ; DE GAUDEMAR (H.), MONGOIN (D.), *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol.1 : 1831-1940,* n°25, p. 225.

[113] Un parallèle peut être fait avec la théorie des contrats d'adhésion, dont les contrats de consommation, où l'offrant est dans une position économique dominante par rapport au consommateur. Le contrat est rédigé, proposé et imposé au consommateur qui est libre de l'accepter ou de le refuser en bloc. En ce sens, le contrat est déséquilibré en force économique voire en force décisionnelle (le consommateur peut se retrouver contraint par le besoin de contracter). Pour préserver « *le non professionnel* », la loi, dont l'article L.132-1 du code de la consommation, prévoit l'éradication des clauses abusives ou significativement déséquilibrées. L'éradication des clauses abusives est fondamentalement un point de différence avec les contrats administratifs où, bien qu'exorbitante et déséquilibrée, les clauses sont légales voire d'ordre public et *réputées écrites* en leur absence au contrat (V. *infra*, Chapitre I, Sect I et II). V. à ce sujet, TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *J.C.P.G.*, n°18, 5 Mai 1993, I 3673 ; DEREUX (G.), « De la nature juridique des « contrats d'adhésion » », *R. Dr. civ.*, IX., 1910, p. 34

cocontractant de la personne publique[114]. Enfin, l'hypothèse de l'équilibre économique dans le contrat administratif se voit tronquer presque irréductiblement par l'impossibilité d'analyser par comparaison, les *gains tirés par le cocontractant* des *gains pour l'intérêt général dont s'assure la personne publique*[115]. Mais, en tout état de cause, le réalisme contractuel conduit à devoir déterminer une « *équivalence honnête* » de nature purement financière[116], entre les avantages accordés au cocontractant et les charges qui lui sont imposées.

46. L'équilibre économique du contrat, une réponse aux situations de déséquilibre. L'analogie entre droit privé et droit administratif sur la question de l'équilibre économique contractuel révèle une similarité quant à l'usage principal qu'est fait de l'équilibre économique : répondre à une situation de déséquilibre économique, de détresse d'un ou des contractants. Il s'agit véritablement d'une constante. Pourtant, la notion elle-même d'équilibre économique est rarement nommée[117]. Pour exemples en droit privé, il faut apprécier l'équilibre au travers de la notion de *bonne foi*[118], de contreparties « *équivalentes* »[119] ou de manifestement inéquivalentes[120], de l'interdiction d'une « *clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* »[121] ou antérieurement au travers de la cause contractuelle[122].

---

[114] T.C.., 13 oct. 2014, req. n°3963, *S.A. AXA France IARD c. MAIF*, *préc.*

[115] VIDAL (L.), Thèse, *préc.*, p. 47.

[116] « *L'équilibre et le raisonnable se situent en dehors du contrat et s'expriments dans la contrepartie financière* », POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., 1991, p. 253.

[117] AMARO (R.), « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *C.C.C.*, n°8-9, Août 2014, étude 8 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *J.C.P.G.*, n°21, 25 Mai 2015, doctr. 603.

[118] C. civ., Art. 1104.

[119] C. civ., Art. 1108.

[120] « *Certes, il ne s'agit pas, au nom de ce principe, d'autoriser le juge à lutter contre toute forme de déséquilibre contractuel et à restaurer une équivalence des prestations ou des pouvoirs contractuels dès qu'il constate un déséquilibre. Précisément, il s'agit uniquement, en droit positif, d'accorder un pouvoir au juge dans les seuls cas dans lesquels il détecte une disproportion contractuelle manifeste, excessive, significative entre les droits, les obligations et les pouvoirs des contractants* », MAZEAUD (D.), *Rép. Droit civ.*, mars 2012 ; LE GAC-PECH (S.), « La proportionnalité en droit privé des contrats », *R.I.D.C.*, Vol. 54, n°3, Juillet-Septembre 2002, pp ? 881-884.

[121] C. civ., Arr. 1170.

[122] C. cass., ch. com., 22 oct. 1996, *Société Banchereau c. Chronopost*, *Bull*., IV, n°261 ; *R.J.D.A.*, 1997-1, n° 6 ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. MAZEAUD (D.) ; *J.C.P.*, 1997-1, n° 4002, obs. FABRE-MAGNAN (M.).

47. Plus explicitement, l'équilibre économique se retrouve en filigrane de la *lésion*. Désormais introduite à l'article 1169 du Code civil, il est disposé qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ». Encore, lorsque le contrat laisse à l'une des parties le soin de fixer unilatéralement le prix, il est prévu qu'« *en cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* »[123]. Aussi, l'article 1171 précise au sujet des contrats d'adhésion que « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »[124].

48. Enfin, il faut noter une évolution du principe d'intangibilité dans la gestion des circonstances imprévisibles par le droit des contrats privés. Historiquement réfractaire à toute intervention juridictionnelle dans la gestion du déséquilibre contractuel[125], même significatif[126], le dispositif de l'article 1195 est venu ouvrir une nouvelle voie d'application à l'équilibre économique. Face à de telles circonstances qui rendent « *l'exécution* [du contrat] *excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* » et face à l'échec d'une renégociation consensuelle, l'article prévoit deux solutions : soit un accord de résiliation, soit le recours au juge. Et même « *à défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* »[127].

49. Ce rôle « nouveau » pour le juge civil, est considéré comme *traditionnel* dans la gestion des aléas contractuels occurents dans les contrats administratifs. L'impériosité de l'intérêt général, les lois relatives au service public et les prérogatives qui parcourent le corps

---

[123] C. civ., Art. 1664.

[124] On retrouve ici l'influence de la notion de clauses abusives détectées dans les contrats de consommation. De la même manière, l'article L.132-1 du code de la consommation dispose que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses* (…) *ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

[125] FAGES (B.), « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *R.T.D. civ.*, 2009, p. 528.

[126] C. cass., ch. civ., 6 mars 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélissane dit « Canal de Craponne »*, *D.*, 76. 1, p. 193, note GIBOULOT.

[127] C. civ., Art. 1195, al. 2.

contractuel, font que l'exécution du contrat administratif ne pouvait répondre identiquement au déséquilibre économique « involontaire » [sous l'angle du cocontractant]. Les aléas supportés par le concessionnaire indépendamment de son *fait* doivent lui être indemnisés ou compensés à hauteur des surcoûts qu'ils engendrent. Toutefois, au-delà d'une mention dans les conclusions des commissaires du gouvernement sous les différentes affaires historiques, il faut par analogie avec les juridictions judiciaires, reconnaître la rareté d'une mention à l'équilibre économique ou équilibre financier, dans les considérants de principe du juge administratif[128]. L'équilibre économique est constaté plutôt par ses effets et ses conséquences sur le contrat : la correction du déséquilibre, l'indemnisation du cocontractant, la responsabilité financière de la personne publique[129]. On peut prendre les exemples les plus célèbres. La décision *Compagnie Nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*[130], présentée comme fondatrice de la *mutabilité* du service public et des clauses du contrat ayant pour objet sa gestion, ne mentionne jamais un équilibre économique à maintenir, mais qu'en l'absence de résultats quant aux renégociations, la personne publique est dans l'obligation de mettre en demeure son cocontractant avant de procéder à un changement de cocontractant pour la gestion d'un nouveau service. Dans la décision *Compagnie générale française des tramways*, la confirmation d'un principe de mutabilité n'a pas emporté de consécration de l'équilibre économique, mais du droit de la société concessionnaire de demander une « *indemnité en réparation du préjudice qu'elle établirait lui avoir été causé par une aggravation ainsi apportée aux charges de l'exploitation* »[131]. La remarque est identique dans la décision *Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux* qui préfère à la notion *d'équation financière* ou d'*équilibre*, la notion d'économie générale qui, si elle est « *absolument bouleversée* »[132] entraîne une indemnisation *extracontractuelle* du concessionnaire.

---

[128] En matière d'imprévision pour un marché de travaux entre un concessionnaire d'autoroute et un groupement d'entreprises. Le juge parle de « *bouleversement de l'équilibre financier* [du] *marché* » puis de « *bouleversement de l'équilibre économique du contrat* », C.E., 19 févr. 1992, req. n°47265, *S.A. D.T.P.*, *S.C.R.E.G. et Société Campenon Bernard Europe c. Société Escota*, *tables*, p. 1108 ; *D.*, 1992, p. 411, obs. TERNEYRE (P.). En matière de révision des tarifs des redevances d'un concessionnaire d'aménagement, le juge estime en l'état du contrat que les conditions n'ont pas abouti à « rompre l'équilibre financier », C.E., 13 juill. 1967, req. n°65541, *Société concessionnaire des immeubles de la Pépinière*, *Leb.*, 1967.

[129] SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » *in Mélanges offerts à Laurent Richer*, L.G.D.J, 2013, p. 473.

[130] C.E., 10 janv. 1902, req. n°94624, *Compagnie nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*, *préc.*

[131] C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie générale française des tramways, préc.*

[132] C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *préc.*

50. Particularité des contrats administratifs, le « Droit » au maintien de l'équilibre économique se conteste dans sa réalité. L'étude de l'équilibre économique des concessions de service public fait une place particulière à l'étude de la théorie générale des contrats administratifs. Concrètement, c'est à l'occasion des *principes* de la théorie générale qu'est utilisé le terme « équilibre financier ». Ce principe du « droit à » ou du « droit au maintien à » l'équilibre financier est la compilation juridique des solutions jurisprudentielles relatives à la mutabilité du service public, du contrat, à la résiliation pour motif d'intérêt général, à l'imprévision et au fait du prince. La justification du principe découle en effet d'une analyse systématique du juge dans le droit du cocontractant – l'histoire démontre qu'il s'agit généralement d'hypothèses de *concessions* qui ont été étendues aux autres contrats administratifs[133] - à réclamer l'octroi d'indemnités financières ou de compensations économiques suite à une modification de l'économie générale du contrat. Or, il suffirait déjà pour affirmer que le droit à l'équilibre financier n'existe pas mais que c'est la correction d'un certain équilibre financier, celui tel que conclu, qui existe. L'approfondissement de la réalité du « principe » conduit à appuyer la sensation d'une inexistence. L'étude des indemnisations conduit à faire des distinctions casuistiques où la compensation n'est pas toujours assurée d'être *intégrale*[134]. Tout comme le droit à l'équilibre financier ne saurait se concilier avec l'essence même d'une concession conceptualisée sur le fondement du risque d'exploitation. Tout comme enfin, le droit à l'équilibre économique ou à son maintien serait un obstacle à la liberté contractuelle, notamment celle de convenir au renoncement d'indemnités ou à leur contractualisation *ad hoc* par les parties[135].

51. Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence, par des exemples encore récents, démontre à quel point le *principe* peut être une *exception*. Tel est le cas en matière d'imprévision, dont l'invocation a rarement abouti[136]. Tel pourrait être le cas en matière de modifications, de toute nature, non conventionnalisées *ab initio* dont le régime juridique à fortement évolué[137].

---

[133] V. DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, *Les obligations du cocontractant et de l'administration, les interventions de l'administration, l'incidence des faits nouveaux, la fin des contrats, le contentieux des contrats,* 14ème éd., p. 769.

[134] Tel est le cas de l'imprévision, voire de la résiliation pour motif d'intérêt général et particulièrement lorsque celle-ci intervient pour *durée excessive*.

[135] V. *infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre II.

[136] Voir pour des solutions très récentes : C.A.A Bordeaux, 16 févr. 2017, req. n° 14BX00416, *Société ETPO et société Compagnie martiniquaise de bâtiment (COMABAT) c. CHU de Martinique*, *inédit* ; C.A.A. Bordeaux, 16 février 2017, req.

Section 2 - Champ de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public

52. L'équilibre économique connaît un regain de notoriété sensible. Ce regain n'est pas lié *strico sensu* à la matière contractuelle, mais vaut pour l'ensemble des actions rapportées à la « *vie* » de la personne publique. L'équilibre est partout. Il est dans l'article 1er de la loi organique relative aux lois de finances qui dispose que les lois de finances déterminent « *l'équilibre budgétaire et financier* » en tenant compte d'un « *équilibre économique défini* »[138]. À l'échelon territorial, c'est même un équilibre réel, strict, qui conditionne le vote des budgets. Les sections de fonctionnement et d'investissement doivent respectivement être équilibrées, soit avec un solde nul, soit pour la dernière uniquement en faisant apparaître un excèdent[139]. Cet encadrement particulièrement fort pour les collectivités territoriales les oblige à renouveler leur approche du financement des services publics ainsi que le choix de leur intervention économique et de leurs investissements. La dimension de la *performance*, de l'optimalité, de l'efficience et de la projection transparaît nettement dans la définition de leurs politiques publiques et le besoin d'en tirer de nouvelles *ressources.*

53. La question de l'équilibre économique s'impose aussi quant au poids écrasant du droit européen et du droit de la concurrence sur les interventions économiques des personnes publiques. Ces dernières ne peuvent plus faire l'économie de la connaissance du régime juridique qui découle du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'étude du service public, de sa nature, et de son équilibre économique, est un préalable incompressible

---

n°15BX00263, *Société Hélène et Fils c. Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, *inédit.* V. aussi, voir KIRAT (T.), *R.I.D. éco.*, n°1, 2003, *préc.*, p. 32 : l'auteur y fait une compilation à l'époque des décisions et arrêts ayant pour objet la résolution de situations où un requérant invoque l'imprévision. L'auteur recense sur 55 décisions, un seul accueil par le juge d'une demande indemnitaire fondée sur l'imprévision.

[137] À ce sujet, HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publ.*, n°6, Juin 2014, étude 6.

[138] L.O. n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances, Art. 1er.

[139] C.G.C.T., Art. L.1612-4.

dans la sécurisation juridique et économique du service[140]. L'approche économique du service public, de son équilibre, puis de son mode de gestion, est devenue une véritable obligation à la charge des acteurs publics (§1).

54. L'équilibre économique, outil d'analyse et élément de décision, ne pouvait alors échapper à une application directe aux projets publics. Tout du moins il faut y voir une étape inévitable dans un rapprochement toujours plus poussé entre les projets publics et les projets privés. L'avènement du contrat de partenariat dans toutes ses formes et son inspiration prononcée des modèles anglo-saxons de *Private finance initiative* (le financement d'initiative privé), ont permis d'introduire ces considérations liées à l'équilibre économique des projets d'investissement initiés par la personne publique mais financés par des partenaires privés. Il est devenu obligatoire de parler d'évaluation préalable, de matrice des risques, de rentabilité, ou d'utiliser divers ratios économiques aux fins de modéliser l'économie d'un projet d'investissement[141]. Il est même courant dans les services techniques dédiés de certaines collectivités d'employer le terme « équilibre économique » à chaque instant de la préparation puis de l'exécution du contrat. Or, force est malheureusement de constater que, la concession, ayant elle-même inspiré les *concessions anglo-saxones*, n'a ni inscrit ni institutionnalisé la recherche préalable d'un équilibre économique de projet pour les concessions de service public.

55. Cet héritage d'une conception par trop libérale de la délégation de service public est une lacune qui s'avère pénalisante à plusieurs titres pour les personnes publiques. D'abord, ces dernières sont privées (ou se privent) d'une négociation au plus équitable avec les opérateurs économiques. Puis, elles sont privées d'outils de contrôle et de projection nécessaires à des contrats de longue durée[142]. Enfin, elles continuent de s'opposer aux notions de *profit* ou de *rentabilité*, non parce qu'elles n'en perçoivent pas les opportunités, mais parce qu'elles ne parviennent pas à en assumer l'existence ni à en saisir les caractères incontournable et indispensable (§2).

---

[140] C.E., 23 déc. 2016, req. n°399081, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes c. Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières*, *Tables* ; *A.J.C.T.*, 2017, p. 230. V. aussi BAHOUGNE (L.), *préc.*

[141] V. D. n°2016-360 du 25 mars 2016, Art. 34.

[142] RICHET (C.), SOULÉ (B.), DURAND (C.), *préc.*

Paragraphe 1 – L'amplification de l'approche économique de l'équilibre économique de la concession de service public

56. L'équilibre économique de la concession de service public est avant tout l'équilibre économique d'une activité économique. Affirmer que l'équilibre économique d'une concession de service public est d'abord l'équilibre économique d'un service public, lui-même l'équilibre trouvé dans une activité économique, paraîtrait redondant et tautologique. On y trouve cependant une forme de rappel préalable assurant une distinction entre l'activité, son mode de gestion, et le contrat. Cela s'avère nécessaire pour toute personne publique qui dispose d'un champ de compétence et qui souhaite en définir une vision stratégique indétachable de la poursuite d'une *politique publique*[143]. Cette vision stratégique des politiques publiques coïncide dans la définition de l'équilibre économique d'une activité publique par la question du financement et du budget qui lui est rattaché, mais aussi par les risques de son environnement[144].

57. La question de l'équilibre économique est particulière lorsqu'il est question de confier à un tiers la gestion par voie contractuelle. Cette activité, en devenant *l'objet de l'échange*, devient une économie, un objet économique. Longtemps exclues du champ des considérations liées aux activités d'intérêts général, les personnes publiques se doivent d'en apprécier les répercussions économiques. Un seul exemple pourrait suffire avec la gestion de l'activité de service public des ordures ménagères et de leur traitement qui voit sa nature changée selon qu'elle fait l'objet d'une imposition et est gérée *en régie* par la collectivité, ou qu'elle fait l'objet d'une *redevance pour service rendu* lorsqu'elle est gérée par délégation de service public.

58. C'est aussi d'un point de vue budgétaire l'obligation de reconsidérer les flux financiers affiliés à l'activité. Lorsqu'elle n'est pas une activité économique, et lorsqu'elle est qualifiée d'*administrative*, l'activité peut être financée intégralement par le budget général. Tel n'est pas le cas pour les activités *industrielles et commerciales*, quoique d'intérêt général. Mais

---

143 « *Le concept désigne les interventions d'une autorité investie de puissance publique et de légitimité gouvernementale sur un domaine spécifique de la société ou du territoire* », THOENIG (J.-C.), « Politique publique », *in Dictionnaire des politiques publiques*, 3ème édition, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.),», 2010, p. 420.

144 HASSID (O.), LOUISOT (J.-P. A.), « La collecte d'information, clé de l'analyse des risques » *Documentation-Sciences de l'information*, vol. 51, n°3, 2014.

plus loin, c'est le rôle tenu par le droit de la concurrence et le droit des aides publiques qui oblige les personnes publiques à une analyse préalable de l'équilibre économique. En tant que telles, ces activités entrent dans le *marché* et se doivent d'en respecter les règles. Ces règles sont économiques, et les concurrents éventuels sont des opérateurs économiques. La vision de la personne publique doit en conséquence être économique, de l'évaluation intrinsèque de la faisabilité du service public jusqu'à la définition du coût des obligations du service public. En d'autres termes, les personnes publiques doivent opérer une « *combinaison harmonieuse des mécanismes de marché et des missions de service public* »[145].

59. D'ores et déjà, certaines collectivités se sont emparées de cette vision économique pour régler la problématique du financement. En s'appuyant sur le caractère économique de l'activité, les collectivités sont en mesure d'en tirer des vertus, des ressources complémentaires aux impositions de toute nature qui abondent leur budget, et le financement autonome d'activités d'intérêt général. La concession de service public n'est pas autre chose qu'un instrument qui devrait servir à l'équilibre économique des activités économiques, le Conseil d'État la qualifiant expressément *d'outil d'action économique*[146]. Faut-il toutefois avoir procédé à une étude comparative de l'équilibre économique de l'activité et de ses caractéristiques avant d'y recourir.

60. L'appréciation de l'équilibre économique de la concession de service public par la durée d'amortissement. La définition de l'équilibre économique de la concession a connu une étape marquante, car imposée par le législateur, avec l'introduction d'une condition liée à la durée du contrat affiliée à la durée normale d'amortissement. Par la référence à l'amortissement pour la détermination du modèle de la délégation de service public, le législateur a en réalité imposé une analyse économique des équilibres des modes de gestion. Est-il plus pertinent de réaliser soi-même les investissements nécessaires au service public ou est-il plus pertinent d'en confier la réalisation à un concessionnaire qui aura la charge de l'amortir sur la durée du contrat ?[147] Cette question n'est pas une question isolée et devait (doit

[145] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Livre Blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final, Bruxelles, 12 mai 2004, point 1.

[146] Guide des outils d'action économique, version actualisée de janvier 2017.

[147] LINDITCH (F.), « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100.

toujours) être liée à la méthode de financement des investissements, à leur comptabilisation dans les budgets locaux[148], et à la gestion de leur fiscalité[149].

61. Mais surtout, l'introduction de la notion d'amortissement dans la définition du contrat de délégation de service public a expressément eu pour objet d'imposer l'usage de techniques économiques, comptables et fiscales, dont les répercussions ne sont pas toujours parfaitement maitrisées par les décideurs publics[150]. Cette immaitrise n'est pas le seul reproche des personnes publiques délégantes, mais se voit être pour partie partagée par les difficultés d'insérer l'amortissement et ce qu'il représente dans son entièreté. En outre, le contrat de concession de service public est sur ce point particulier ; il transfert l'actif immobilisé par le concessionnaire qui se charge, dans sa propre comptabilité et dans son bilan, de retracer l'investissement. Mais, parce que l'actif est souvent synonyme de propriété publique *ab initio* et *in fine* rétrocédable gratuitement à la personne publique délégante, le concessionnaire peut à certaines conditions jouir du dispositif fiscal et financier de l'amortissement de caducité. Or, l'opacité textuelle afférente à cet amortissement dérogatoire n'a pas favorisé son appréciation par les personnes publiques qui, souvent, n'en connaissent que peu les rouages et les effets. Cela n'a pas empêché qu'il soit précisé par le juge du contrat[151] que par durée normale d'amortissement il fallait entendre le temps d'amortissement permettant de réaliser « *un équilibre global* » entre les contraintes d'exploitation, les charges d'exploitation et d'investissement ainsi que les « *prévisions de tarifs payés par les usagers* »[152], introduisant ici un « *amortissement économique* » dont les contours ont eux-mêmes été redéssinés par la force du risque dans la définition de l'équilibre.

---

[148] Avec l'obligation de voter les sections d'investissement et de fonctionnement en équilibre, la pratique des opérations d'ordre s'est fortement développée. Par elle, les collectivités territoriales peuvent écrire comptablement des opérations non « réelles » et sans conséquences sur la trésorerie, afin de constater les dotations aux amortissements ou autres provisions pour risques et charges. Par ailleurs, le mode de comptabilisation et de suivi budgétaire ne sont pas les mêmes lorsque l'actif objet de l'investissement fait l'objet d'une concession, d'un affermage, ou d'un autre partenariat public-privé.

[149] RAYMUNDIE (O.), « Récupération de la TVA en cas d'affermage : la fin du mécanisme de transfert de droit à déduction au 1er janvier 2016 », *C.S.P.*, n°21, Février 2016, p. 38 à 41.

[150] V. à ce sujet, VILA (J.-B.)*, Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*

[151] Car le juge fiscal, lui, connaît parfaitement la notion d'amortissement de caducité complémentaire à l'amortissement comptable. Pour un exemple récent : C.E., 8 févr. 2017, req. n°387620, *Société Groupe Lucien Barrière*, *inédit*.

[152] C.E., 11 août 2009, req. n° 303517, *Société Maison Comba, Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 364, note ECKERT (G.) ; *D.A.*, 2009, comm. 147, note IDOUX (P.), CAFARELLI (F.) ; *J.C.P.A.*, 2009, 2261, note VILA (J.-B.).

62. La définition européenne de la concession par le risque d'exploitation cristallise l'approche de l'équilibre économique par des concepts économiques. L'environnement de la concession de service public a aussi connu une évolution notable avec l'intérêt progressif du droit européen pour les contrats de *concession*. Quoique tardivement, le droit européen s'est emparé de la notion de *concession* jusqu'alors considérée comme recouvrant des contrats « *non prioritaires* »[153]. La concession a d'abord fait l'objet d'une définition *a contrario* des marchés publics et sur le fondement unique de la contrepartie. Ainsi, la directive 93/37/CE définit la seule concession de travaux comme « *un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ». Cette première considération de la concession a donc été non pas d'établir un régime propre aux « contrats de concession », mais d'identifier les contrats « non marchés publics ».

63. C'est l'importance grandissante de l'économie générée par ces contrats de type concessif - conséquence du besoin de financement des acteurs publics - sur le marché européen qui a poussé les institutions européennes à s'en saisir progressivement. D'abord, c'est la Commission qui, dans une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, pose les bases de l'économie générale du contrat de concession qui « *revêt en général les mêmes caractéristiques, quel que soit l'objet sur lequel il porte* ». En outre, la Commission précise que l'équilibre économique du contrat dépend de facteurs interdépendants, mais dont le principal réside dans le droit d'exploiter qui est la contrepartie d'« *un transfert de la responsabilité d'exploitation* »[154]. L'équilibre économique de la concession dépend non d'un seul élément, mais de plusieurs « *tels que l'objet, la durée et le montant du contrat, la capacité économique et financière du concessionnaire, ainsi que tout autre élément utile permettant d'établir que le concessionnaire supporte effectivement un risque* ».

64. Puis, le législateur européen, par la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, est venu encadrer les régimes juridiques des concessions sur le territoire de l'Union européenne, par une définition harmonisatrice du contrat et de son équilibre. Désormais, « *la principale*

---

[153] COM (2004) 327 final, *préc.*, § 11.

[154] *Préc.*, § 2.1.2.

caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique ».

65. Cette approche par le risque d'exploitation *de nature économique* donne une méthode d'analyse purement économique de l'équilibre économique. Pour qu'il y ait équilibre économique en fonction du risque, doit être portée une réflexion quant à la nature du risque et quant à ses conséquences. De la sorte, le risque nait de l'incertitude et des fluctuations du marché, mais le risque offre nécessairement un *profit* et une *rentabilité* qui en sont la « prime » et l'assurance d'intéresser un opérateur économique à investir dans le service public. Si ce paradigme n'est pas nouveau[155], il doit être réaffirmé et accepté à l'occasion de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public.

Paragraphe 2 – La nécessité de l'approche économique dans l'équilibre économique de la concession de service public

66. L'approche économique de l'équilibre économique est celle prônée dans les partenariats public-privé. L'étude de la définition de l'équilibre économique de la concession de service public est inévitablement liée à l'analogie de la définition de l'équilibre économique des contrats qui lui sont voisins. La concession, entendue comme telle désormais à l'échelon européen, est souvent comparée à un modèle de financement de projet public-privé avec pour objet, une exploitation de l'investissement pré-financé par le partenaire privé. C'est en cela que la concession est souvent rapprochée des partenariats public-privé[156], tant en Europe qu'à l'échelle mondiale[157], et est connue sous le modèle britannique du *Private finance initiative* (*P.F.I.*). Bertrand DU MARAIS et Philippe COSSALTER confirment cette analogie conventionnelle dans un rapport de l'Institut de la gestion déléguée où les deux auteurs expliquent que « *Le contenu des deux notions peut sembler très proche. La plupart des contrats de PFI sont des contrats de longue durée, par lesquels l'administration confie à un cocontractant le financement, la conception et la réalisation d'une ou plusieurs*

---

[155] V. BEZANÇON (X.), *préc.* ; BETTINGER (C.), *préc.*

[156] V. SUEUR (J.-P.), PORTELLI (H.), *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information du Sénat, n°733 (2013-2014), 16 juillet 2014, p. 9.

[157] FOLLIOT-LALLIOT (L.), « Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public : état d'avancement des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit international sur les projets d'infrastructure à financement privé », *R.F.D.A.*, 2003, p. 893.

infrastructures et du service dont elles sont le support. Cette description fait immédiatement penser à la délégation de service public, et plus particulièrement à la concession »[158]. Pour être précis[159], le *P.F.I.* recouvre une diversité de contrats par lesquels un opérateur privé est chargé de financer la réalisation d'équipements ou d'en louer l'utilisation (*lease contract*), afin de permettre l'exercice d'une activité d'intérêt public[160]. On trouve ainsi les contrats de *Design, Build, Finance, Operate, Maintain and Transfer* (*D.B.F.O.M.T.*) dont les caractéristiques sont celles du contrat de concession tel qu'envisagé en droit français, ainsi que d'autres contrats moins complets, comme les *Design, Build, Finance, Operate and Maintain* (*D.B.F.O.M.*), les *Build, Operate and Transfer* (*B.O.T.*), ou encore les *Build, Own and Operate* (*B.O.O.*)[161].

67. Ces modèles de partenariat font d'évaluation financière, économique et stratégique, des éléments clés de la décision des autorités publiques. C'est notamment par le recours à la *Value for money* puis à la *best value for money* que les autorités doivent démontrer l'opportunité du recours au partenariat et son optimalité. Ces évaluations préalables incluent des calculs de rentabilité comparés, de gains-coûts comparés entre une gestion dite « publique » et « privée », un plan de financement et une matrice des risques répartis entre partenaires. Ces éléments permettent de connaître les incidences économiques du mode de gestion *P.F.I.*, appliquant de ce fait les méthodes classiques de l'évaluation de projet.

68. Les contrats de partenariats et certains baux emphytéotiques ont connu et connaissent encore une méthode d'évaluation préalable de nature économique[162]. Or, il faut constater que la révision du cadre juridique des concessions, même sous l'empire du droit européen, n'a pas permis de systématiser la pratique de l'évaluation économique préalable aux concessions de service public. Celle-ci est sous-entendue et « non » obligatoire. Concrètement, l'évaluation préalable du recours à la concession de service public est, contrairement à l'institutionnalisation faite avec la mission d'appui aux partenariats public-privé, laissée à la

---

[158] COSSALTER (P.), DU MARAIS (B.), *La Private Finance initiative*, Institut de la Gestion Déléguée, Mars 2001, p. 7.

[159] De la même manière qu'en droit français, les partenariats public-privé ne sont pas tous des contrats de type *concessif* et peuvent prendre la forme de *marchés publics complexes à opérations multiples*.

[160] C'est ce modèle qui a servi de référence pour les contrats de partenariat devenus des marchés de partenariat.

[161] http://www.ncppp.org/ppp-basics/types-of-partnerships/.

[162] MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.), « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *R.F.A.P.*, n°130, 2009/2, p. 349-364.

discrétion en compétence technique des services dédiés des acteurs publics[163]. Cette réalité juridique interroge quelque peu sur la forme et sur le fond. Sur la forme, on remarque que le législateur a, jusqu'au décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, progressivement[164] étendu l'obligation de l'évaluation préalable pour les projets d'investissement réalisés sous la forme de *marchés publics*[165]. Une telle obligation n'existe pas pour les *concessions* ou les *délégations de service public.* L'ordonnance et son décret d'application font seulement référence à la *définition préalable des besoins* par la personne publique, définition qui doit permettre l'établissement d'une procédure de mise en concurrence et prendre en compte « *des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économiques, sociale et environnementale* »[166]. En d'autres termes, bien qu'il revienne aux personnes publiques de définir un minima de cahier des charges avant la procédure de mise en concurrence avec toutes les caractéristiques du contrat, l'évaluation *stricto sensu* de l'opération « concession » est largement transférée aux soumissionnaires au travers de leur offre.

69. Sur le fond, l'objet contractuel n'est plus différencié entre concession et marché public global puisque les textes font mention expresse d'une possibilité de faire gérer le service public par un marché de partenariat[167]. Aussi, la justification classique faite par référence aux délégations de service public de l'*intuitu personae* n'apparaît plus être pertinente. Tant parce que les caractéristiques qu'il justifie, telles que la longue durée, la gestion du service public, les sujétions potentielles, ou encore la négociation[168], sont comparables entre les deux contrats. On pourrait même avancer que l'*intuitu personae* est une condition essentielle dans le fonctionnement d'une *matrice des risques répartis*, obligation des marchés de partenariat et « juridiquement »[169] non présente dans les concessions de service public. En sens inverse, l'évaluation économique dont l'argument est la soutenabilité budgétaire pour la personne

---

[163] Ainsi que leur capacité financière de se faire accompagner par des prestataires externes pour une mission d'assistance à l'évaluation et à la négociation et d'appui au contrôle financier.

[164] MARQUES (M.), GONZAGUE (P.), « La soutenabilité budgétaire dans les contrats de partenariat », *Dr. adm.* , n°2, Février 2013, étude 4.

[165] D. n°2016-360, Art. 24.

[166] Ord. n°2016-65, Art. 27 et 28.

[167] Ord. n°2016-899, Art. 67, al. II 3°.

[168] D. n°2016-360, Art. 25, II, 4°.

[169] Une telle matrice des risques existent en pratique, *a minima* pour tenir compte de la répartition des charges économiques nées des aléas d'exploitation non imputables au concessionnaire. C'est l'utilisation historique de la notion de *risques et périls*. V. *infra*, Première partie, Titre II, Chapite I.

publique n'est pas une exception partenariale. La connaissance des modalités d'amortissement sur lequel est basée la durée du contrat et au terme duquel les biens sont sensés faire retour gratuit à la personne publique, imposent une évaluation économique préalable et suffisamment prospective pour projeter la soutenabilité budgétaire des éventuels investissements *post-concession* ou des répercussions financières des aléas d'exploitation[170].

70. Cette lacune est une source de déconnexion du choix du mode de gestion avec la concession de service public, et les dérives économiques initiées par un contrôle insuffisant dans la définition de l'équilibre économique dès la phase précontractuelle.

71. La rénovation de l'équilibre économique des concessions de service public, un besoin pour réapprécier la notion de profit et sa portée. Toutes les étapes de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public permettent de constater la rénovation du contrat de concession de service public. L'évolution récente de la jurisprudence et des normes applicables en est sans nul doute la principale cause. Cette occasion de la rénovation structurelle de l'équilibre économique de la concession doit permettre de rétablir la notion de rentabilité et de profit dans leur sens *noble*. En effet, la réalité contractuelle insiste sur le fait que l'existence d'une rentabilité et d'un profit n'est pas en soi condamnable. Au contraire, c'est dans son essence même que permettre de dégager suffisamment de rentabilité pour financer l'exploitation du service public, et par ailleurs de dégager suffisamment de profit pour rémunérer le concessionnaire sans intervention financière directe. Ce sont les conditions qui autorisent ce profit qui sont la véritable problématique, la renvoyant ainsi à la perception de l'équilibre économique du contrat par la personne publique. Manifestement, il convient de revenir sur la définition de l'équilibre économique pour réintroduire ces notions fondamentales et inhérentes à tout objet économique. La conventionnalisation du profit peut être un outil favorable à la viabilité du contrat tout comme à la sécurisation des obligations de service public. Le profit pourrait ainsi se défaire de son aspect péjoratif pour au contraire devenir une norme de régulation des contrats. Néanmoins, face au défi qu'impose la réintroduction de la notion de *profit* dans la concession de service public, il est au préalable

---

[170] « *L'investissement pour la collectivité peut lui paraître minime, puisque la construction est généralement assurée par le délégataire. La commune ou l'EPCI peut même* (…) *y trouver un intérêt financier.* (…) *Pour autant, le risque financier d'une exploitation non rentable pèse, ultimement, sur la collectivité elle-même puisque la gestion du crématorium lui revient lorsque le délégataire l'abandonne* », Rapport n°545 du Sénat, session ordinaire 2013-2014 du 21 mai 2014 relatif à l'instauration d'un schéma régional des crématoriums, p. 12.

nécessaire de sensibiliser les acteurs publics sur les moyens à mettre en œuvre. Ceux-ci passent inévitablement par la réappropriation des fonctions de direction et de contrôle du contrat. C'est alors une recherche complexe de conciliation : mobiliser la responsabilité du concédant alors que l'essentiel des responsabilités du service public ont été transférées au concessionnaire.

Section 3 - Méthodologie de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public

« J'ai décidé d'expliquer par
l'exemple ce que j'ai découvert »[171].

72. Enseignements tirés de la définition d'équilibre dans les sciences pour une analogie juridique. La méthodologie empruntée pour l'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public, à s'orienter vers la définition des sciences de l'équilibre. L'équilibre y est présenté comme un état de stabilité, de moindre effort et d'harmonie entre différents corps[172]. En mécanique, l'équilibre se manifeste soit par un état stable, de repos atteint par des forces opposées et contradictoires, soit par la balance exacte des poids de deux corps. Dans chaque hypothèse, l'équilibre est le lieu d'interactions entre facteurs d'équilibre (masses, vitesse, direction, mouvement, etc.), qui agissent à un instant de manière coordonnée. Cette constante se vérifie aussi en science chimique où l'équilibre dépend de facteurs d'équilibre, autrement appelés *variable d'état* (concentration, température, pression, etc.) dont la modification se suit corrollairement d'une alteration de l'état d'équilibre. L'équilibre s'acquiert donc par l'action de facteurs d'équilibre, mais se perd

---

[171] BERNOULLI (D.), « Specimen theoriae novae de mensura sortis », 1738, traduit en français *in* « Exposé d'une nouvelle théorie de la mesure du risque », *Risques*, 1997, n°31, p. 124, *in* EECKHOUDT (L.), GOLLIER (C.), « La théorie économique du risque : une relecture de quelques contributions fondamentales », *Assurances et gestion des risques*, vol. 81 (1-2), mars-avril 2013, p. 47-57.

[172] « (…) *état d'un corps sollicité au mouvement par des forces opposées qui se détruisent, ou égalité parfaite de force entre deux corps qui agissent l'un contre l'autre. Une balance est en équilibre lorsque son fléau se maintient dans une position parallèle à l'horizon. Un corps posé sur un plan horizontal ne reste en équilibre qu'au tant que la verticale de son centre de gravité passe dans l'intérieur de sa base. Un corps est en équilibre stable s'il revient de lui-même à sa position après en avoir été légèrement écarté ; il est en équilibre instable s'il n'y revient pas. Il y a équilibre entre deux corps lorsque leurs directions sont exactement opposées, et que leurs masses sont égales. Un corps fait équilibre à un autre lorsqu'il a le même poids.* ». Définition de l'équilibre tirée du Dictionnaire universel des sciences, des lettres et des arts, BOUILLET (M.-N.) (dir.), 2ème éd., Paris, éd. Hachette, 1854, p. 605.

potentiellement par le mouvement ou le changement de ces mêmes facteurs. C'est alors que, en physique comme en chimie, peut être constaté un phénomène naturel à l'équilibration. Ce phénomène duplicable dans toutes les sciences connaît une définition précise selon laquelle « *lorsque les modifications extérieures apportées à un système physico-chimique en équilibre provoquent une évolution vers un nouvel état d'équilibre, le système cherche à s'opposer aux perturbations et tente d'en modérer les effets* »[173].

73. Si les définitions précédentes sont simples et volontairement réduites, elles favorisent la lecture des caractéristiques de l'équilibre. L'équilibre est constitué de facteurs d'équilibre multiples et hétérogènes qui intéragissent en permanence et qui, lorsqu'ils sont étudiés comme un ensemble systémique, ont une tendance naturelle à se maintenir dans un état d'équilibre jusqu'à la rupture ou la disparition d'un des facteurs. On peut étudier cette synergie mutuelle, perfection de l'hétérogénéité, de la symbiose et de la cosmologie[174], sous un angle juridique et en tirer par l'analogie des informations duplicables.

74. Enseignements tirés de la définition de l'équilibre économique dans les concessions de service public. Analyse et immersion préalable dans une *réalité contractuelle* de l'équilibre économique perçue par les personnes publiques. Les propos précédents ont pu présenter la définition de l'équilibre économique des concessions de service public par la perception préalable de l'activité économique et de son financement. Cet aspect technique et juridique est néanmoins insuffisant pour retranscrire les pratiques actuelles des décideurs publics face à la définition de l'équilibre économique de leur concession de service public. Le travail préalable à notre étude a été de collecter les informations « du terrain » auprès des collectivités publiques et des opérateurs concessionnaires[175]. Cette démarche s'est révélée complexe, tant par la procédure de communication des documents administratifs, que par la réticence des personnes publiques/opérateurs à diffuser des informations techniques et financières même « communicables ». Cette difficulté est par ailleurs accrue par l'indisponibilité de certaines données, archives parfois inaccessibles et non retraçables « en interne ».

---

[173] C'est le principe tiré de la loi LE CHATELIER, v. Comptes rendus de l'Académie des sciences 99, 1884, p. 786-789.

[174] PIROU (G.), *Les théories de l'équilibre économique chez Walras et Pareto*, Domat-Montchrestien, 3ème éd., 1946, p. 309.

[175] Avec une démarche similaire en économie et gestion, v. RICHET (C.), SOULÉ (B.), DURAND (C.), « L'approche économique de la gestion déléguée en question – Le cas des complexes aquatiques », *préc.*

75. En outre, notre démarche scientifique a été dans un premier temps de ne retenir qu'une seule typologie de service public, à l'intérieur d'une zone géographique délimitée. Il a été fait le choix du service public de la crémation dans le secteur rhônalpin, secteur qui a été étendu par la suite à une analyse nationale. L'organisation du « marché de la crémation » répondait ici aux interrogations suivantes : Quelle est l'autorité compétente ? Quel est le mode de gestion préférentiel ? Quelle est l'offre et la demande de service ? Quels sont les opérateurs concernés ? Existe-il des constantes transposables entre les contrats pour un « même » service ?

76. Le choix du service de la crémation n'est en l'occurrence pas anodin puisque celui-ci connaît une forte croissance et une expansion territoriale importante[176]. L'augmentation de la demande en a fait un service où le risque lié à la fréquentation du service (risque de la demande) s'est relativisé avec l'évolution des mœurs et de la société, alors que le risque de l'offre s'est affirmé comme une problématique sectorielle non négligeable conséquence du « besoin » politique et financier de créer un crématorium. Aussi, le nombre d'opérateurs économiques candidats et titulaires de contrats de délégation de service public de crémation s'avère restreint. Le marché est ici en quasi-monopole de sociétés nationales spécialisées qui, si elles ne sont pas directement titulaires des contrats, le deviennent irrémédiablement par le biais des cessions d'exploitation et de la filialisation des opérateurs de proximité[177]. Enfin, l'extrême hétérogénéité du niveau d'investissement, du dimensionnement des services, des offres tarifaires, des usagers concernés dans chaque contrat s'est heurté au paradoxe d'une relative homogénéité des durées conventionnelles.

77. Par la recherche de ces informations récoltées parcellairement sur un service donné, nous avons pu étendre à d'autres services (parcs de stationnement en ouvrage, distribution de l'eau potable, traitement et valorisation des déchets ménagers, etc.), permettant une analyse rétrospective puis prospective du droit et de son efficacité. Elles ont permis aussi de

---

[176] En croisant les informations des derniers rapports annuels de délégataire et celles fournies par l'association nationale des crématistes de France, on peut constater que la crémation est passée entre 1975 et 2015, de moins de 1% à près de 40 % des obsèques. Les prévisions donnent d'ailleurs une estimation à 50% d'ici 2030.

[177] On a pu, en l'occurrence, essuyer quelques refus de communications de comptes rendus techniques et financiers au motif d'une « confidentialité des données d'une société commerciale ». Dans le même sens, certains services des collectivités ont pu nous renvoyer directement vers le directeur d'exploitation des sociétés concessionnaires car celles-ci « seules » disposaient des données d'exploitation.

comprendre les pratiques et leur enracinement dans les différentes collectivités. La synthèse de ces informations offre une réflexion sur l'équilibre économique des concessions de service public et de travaux publics. Cette réflexion se porte sur les carences existantes dans l'identification des facteurs d'équilibre et dans l'insuffisante mise en interaction de ceux-ci pour définir, maitriser, maintenir et corriger l'équilibre économique[178]. La présente étude propose de définir cet équilibre économique sur la base des constats suivants.

78. *1er constat* : *Rapprochement naturel de l'équilibre économique des contrats vers la simple question du tarif du service public*. Il est une certaine constance dans la définition de l'équilibre économique des concessions de service public que celui-ci repose essentiellement, pour ne pas dire automatiquement, par des considérations relatives au seul tarif du service public. Le prix est, dans la conception de plusieurs services sondés, la principale - si ce n'est la seule - caractéristique de la définition de l'équilibre économique. La notion d'amortissement de caducité est, par exemple, très largement méconnue.

79. *2ème constat* : *Déconnexion de la durée de l'équilibre économique par la pratique de la prolongation « de confort* ». De la même manière, la plupart des contrats de délégation de service public a permis d'extraire la donnée « durée » dans le raisonnement sur l'équilibre économique. Cette donnée, pourtant caractéristique essentielle pour la définition de l'amortissement des investissements et la rémunération du concessionnaire, est souvent reléguée à sa dimension formelle. On a pu constater une certaine récurrence logique qui a été d'octroyer des durées « classiques » de 20, 25 ou 30 ans pour les plus anciens contrats[179], pour une concession avec investissements. Ces durées sont relativement homogènes, malgré une disparité dans le montant des investissements et les tarifs appliqués pour le service rendu. Le même constat peut être opéré concernant la pratique de la prolongation contractuelle[180] qui est

---

[178] « *N'oublions pas que le propre du travail scientifique du chercheur n'est pas de rassurer ni de rendre heureux* », propos d'Henry ROUSSILLON, *in* SÉGUR (P.) (dir.), *Gouvernants ; Quelle responsabilité ?*, L'Harmattan, 2000, p. 9.

[179] « (…) *les 2/3 sont exploités sous le régime de la concession pour une durée de 30 ans, moyennant un investissement initial de 7 à 10 millions de francs. Il s'agit généralement de la construction et de l'exploitation d'un four qui fonctionne en pyrolyse et dont le seuil de rentabilité nécessite près de 500 crémations par an* », LONG (M.) (dir.), INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE, *La délégation de service public comme mode de gestion des activités funéraires*, Décembre 1999, p. 14.

[180] L'ancien article L.1411-2 C.G.C.T. permettait la prolongation du contrat de délégation de service public dans certaines conditions afin de permettre le maintien de l'équilibre économique. Pour la Cour de Justice, la prolongation revêt même les caractères d'un nouveau contrat, C.J.C.E., 5 oct. 2000, Aff. C-337/98, *Commission des Communautés européennes c. République Française*, *Rec. CJ.C.E.*, 2000, p. I-08377, points 44 et s. La Commission considère, quant à elle, que « la durée

utilisée sans véritable analyse économique préalable. On a pu cependant voir que dans l'exemple récent de la modification des normes environnementales applicables aux cheminées des crématoriums, les décideurs publics se sont emparés sous l'influence des opérateurs gestionnaires, de la dimension économique de la durée comme un palliatif à la mutabilité du contrat. Toutefois, l'emploi de la prolongation n'a pas été accompagnée ni d'une analyse juridique précise, ni d'une évaluation économique comparative entre recettes d'exploitation prévisionnelles et recettes d'exploitation effectivement perçues[181]. La durée est encore largement perçue comme une donnée asymétrique.

80. *3ème constat : Non maitrise du risque. Difficulté à en matérialiser le contenu et les effets*. Enfin, le constat de l'analyse préalable des contrats retenus a permis de mettre en avant la déconnexion de la notion de risque d'exploitation et le « risque » tel qu'il est perçu en pratique. On s'est aperçu que certains contrats dont le risque est principalement indexé sur la fréquentation du service public démontrent une dépendance manifeste des usagers au dit service[182]. Or, les clauses contractuelles ne prévoient, en général, que peu de mécanismes permettant d'introduire un risque performanciel ou incitatif complémentaire. Dans ce cas de figure, certains contrats ne mettent en place aucun autre risque que celui lié au financement et à la construction des équipements. Les aléas d'exploitation y sont soit fortement réduits, soit

---

de la concession constitue dès lors un élément important de la rémunération du concessionnaire », Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000, § 2.1.2.

[181] On relève certaines conventions qui tentent de concilier les intérêts. Par exemple, l'avenant n°5 portant extension du crématorium de Nantes stipule que les nouveaux investissements auront pour contrepartie une prolongation de 3 ans d'exploitation et une augmentation des tarifs. Néanmoins, l'avenant stipule que « *le taux de la redevance à la ville de Nantes* (…) *est porté de 10% à 18%* (…). *Ce nouveau taux prend en compte et se justifie au regard du résultat d'exploitation des années écoulées* », Avenant n°5 à la convention de délégation du crématorium de Nantes du 29 mars 1988.

[182] « *D'autres* (usagers) *sont confrontés à un surcroît d'offres, dont ils ne profitent pas. En effet, les très importantes dépenses d'investissement consenties par les gestionnaires de crématoriums concurrents les obligent à maintenir des frais de crémation très élevés, afin de conserver une rentabilité acceptable en dépit de la faiblesse de leur activité. Or, compte tenu de la brièveté des délais dans lesquels les funérailles doivent en principe intervenir, ainsi que des coûts que représenterait un déplacement dans un autre département, la demande de crémation est largement captive »,* V. Rapport n°545 du Sénat, *préc.*

véritablement inexistants[183]. Il faut aussi remarquer que le risque lié à l'offre est, dans le secteur de la crémation, une donnée qui fluctue particulièrement selon la décision des acteurs locaux[184] dans la réalisation de nouveaux équipements dans un secteur géographique[185] quasiment identique[186].

81. Rapprochements des enseignements tirés de l'équilibre en sciences physiques et ceux tirés d'une *réalité contractuelle* : la nécessité de définir l'équilibre économique des concessions de service public par l'identification de *facteurs d'équilibre*, *d'interactions* et *d'interdépendance*. Sans faire une généralité contingente et non réaliste, les enseignements tirés d'une analyse préalable restreinte de la pratique a néanmoins révélé un besoin de *remettre à plat* une notion *a priori* acquise. De la sorte, l'étude sur la définition de l'équilibre économique de la concession de service public a ici pour vocation de réintroduire la notion d'équilibre en lieu et place du *principe d'équilibre*. En renouvelant la définition de l'équilibre économique de la concession de service public, l'étude la détache du principe de l'équilibre financier ou du droit du cocontractant à l'équilibre financier.

82. Aussi, la redéfinition de l'équilibre économique doit être présentée en s'inspirant des enseignements scientifiques de la notion d'équilibre. La conception juridique de l'équilibre

---

[183] Le secteur de la crémation est quasi-monopolistique car le principal opérateur économique est la société OGF du groupe PFG qui, soit directement, soit par rachat de gestionnaires locaux, gère la majorité des crématoriums. Ainsi, on voit en 2013 que 37 % des crémations effectuées en île-de-France, l'ont été par la société OGF, v. APUR, Préfiguration d'un schéma métropolitain des crématoriums franciliens – Premiers éléments, Juin 2015, étude pour le SIFUREP, p. 10.

[184] Dans l'avenant n°5 de la convention de délégation de crématorium de Nantes, on voit explicitement stipulé qu' « *en cas de création d'un crématorium sur le territoire de la Communauté Urbaine de Nantes, le taux de la redevance sera ramené aux taux de 10%. Les parties conviennent alors de se rencontrer pour analyser ensemble les conséquences économiques, et trouver les moyens de maintenir l'équilibre économique du présent avenant* », *préc.*

[185] Par exemple, les crématoriums de Bron (concession) et de Lyon (régie) sont seulement séparés par moins de 6 Km. Néanmoins, ce faible écart en distance est largement compensé par la démographie et par la forte demande des administrés : entre 2007 et 2013, le nombre de crémations moyen est de 2122 à Bron et de 1603 à Lyon. *A contrario*, les crématoriums de Beaurepaire et de Marcilloles, tous les deux en concession, se distancent de moins de 15 Km pour une démographie de moins de 40 000 habitants (Il s'agit des territoires de l'E.P.C.I. du Pays de Bièvre-Liers et de l'E.P.C.I. du Territoire de Beaurepaire). Le nombre moyen de crémations était, sur la même période, de 563 pour Beaurepaire et de 398 pour Marcilloles.

[186] C'est le cas entre les crématoriums de Bonneville et celui récemment réalisé par la Communauté d'agglomération de Faucigny-Glières. En ce sens, v. CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES AUVERGNE-RHÔNE-ALPES, Rapport d'observations définitives Commune d'Annecy, Exercices 2009 à 2014, observations délibérée le 15 octobre 2015. V. aussi, APUR, *préc.*, 52 p.

économique de la concession se prête à une telle analogie et démontre une réalité de l'équilibre économique. En ce sens, la définition de l'équilibre économique de la concession de service public est la combinaison de différents facteurs d'équilibre économiques, qu'ils soient juridique ou économique, mais qui interagissent constamment. C'est ainsi que le droit européen a voulu définir la concession par le prisme du risque - force principale - mais sans le rendre tout à fait indépendant. Le risque est lié au droit d'exploiter, lui-même lié au temps nécessaire pour amortir les biens, à celle pour recourir les capitaux investis, et fondé sur le marché dans lequel s'insère le service. L'inverse est vrai puisque les modifications contractuelles, les cessions de créance, les autorisations d'activités complémentaires, les révisions tarifaires, ou les avantages économiques octroyés sont des facteurs d'équilibre qui peuvent venir perturber l'équilibre économique s'ils sont déconnectés du risque d'exploitation et de ses prévisions.

83. Les enseignements scientifiques permettent d'aller plus loin pour transposer une réalité juridique et économique constamment vérifiée, celle de la tendance à l'équilibration économique. Le contrat de concession de service public, quoique risquée, ne peut être construit sans outils favorables au maintien nécessaire d'un équilibre économique en réponse à des situations de déséquilibre. Le *principe* de l'équilibre financier agit en ce sens. Mais c'est surtout la place prise par l'anticipation et le consensuel qui doit être mis en avant. Le contrat tend naturellement et juridiquement à s'auto-réguler, faisant des prérogatives exorbitantes liées aux contrats administratifs, un instrument supplétif et de dernier recours.

84. Par l'identification des facteurs principaux d'équilibre et leur interconnexion permanente, c'est une nouvelle présentation et une nouvelle définition de l'équilibre économique de la concession de service public qui pourra être proposée.

85. Axes de l'étude. L'étude de l'équilibre économique fait partie des sujets thématiques abordés de manière récurrente par les juristes et la doctrine. Parmis les œuvres les plus fondatrices sur le sujet, on peut citer les travaux de Laurent VIDAL sur *l'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*[187]. Ces travaux ont posé les grands principes nés de l'équilibre financier, au travers d'une analyse complète, historique, économique et jurisprudentielle de la période antérieure à celle contemporaine de la notion de *délégation de*

[187] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *préc.*

service public. Il faut admettre pourtant que l'œuvre est bien isolée, l'équilibre économique des contrats publics n'a fait l'objet, *a posteriori*, que d'études indirectes, soit sur l'économie générale des contrats ou des services publics[188], soit sur des facteurs d'équilibre économique pris isolément[189].

86. L'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public renvoie à un besoin d'analyse individualisée et renouvelée. D'abord parce que le régime des *délégations de service public* a connu une forte évolution jurisprudentielle et normative. Sa définition a été revue voire bouleversée. C'est, par exemple, la refondation du critère de l'amortissement normal en un amortissement économique, dissociant amortissement comptable et besoin de financement du service. C'est aussi l'exemple de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, critère central devenu progressivement critère subsidiaire voire *anonyme* par rapport au transfert du risque, critère revitalisé. C'est aussi un besoin de replacer ce risque au centre de la réflexion des acteurs publics concédants, et de solliciter l'innovation pour le rendre effectif et mesurable. L'étude a ici un objectif de renouvellement.

87. Puis encore, parce que l'étude de l'économie générale des contrats publics est trop générale et ne peut satisfaire une concision sur la pratique unique de la concession de service public. À l'heure où les contrats administratifs ou « contrats publics » doivent entrer dans une typologie contractuelle, la confusion des genres est une menace pour la transparence, l'intelligibilité et la sécurité juridique. Si la concession de service public est astreinte à la

---

[188] BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de Droit public », t. 218, 2001, (392 p.) ; ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, université Clermont I, 2005, dir. MESTRE (J.) et PORACCHIA (D.), 1 vol. (340 p.) ; TRIGON (S.), *L'équilibre, standard du droit des contrats administratifs*, Thèse, université Jean Moulin Lyon 3, 2006, dir. SESTIER (J.-F.), 1 vol. (741 p.) ; DEFLINE (P.), *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics : Le cas des choix d'investissement dans quatre services publics municipaux*, Thèse, Paris, CNAM, 2011, dir. MARCHAIS-ROUBELAT (A.), (378 p.) ; BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, *préc.*

[189] Pour les plus récentes, voir HOEPFFNER (H.), La modification du contrat administratif, Paris : L.G.D.J., coll. « Thèses », sous-coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, 2008, (600p.) ; VILA (J.-B.)*, Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse, université de Toulouse Capitole I, 2009, dir. MAZÈRES (J.-A.) et LINDITCH (F.), 1 vol. (477 p.) ; PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris : L.G.D.J., coll. « Thèses », sous coll. « Bibliothèque de droit public », t. 274, 2013, (950 p.).

définition des besoins recensés par les personnes publiques, elle est un contrat *à part* non tout à fait dpublicable. L'étude a un objectif de sauvegarde.

88. Enfin, l'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public permet de réfléchir sur une définition suffisamment globale pour mettre en avant tous les liens logiques nécessaires à sa vérification. La définition doit, au terme de l'étude, donner les clés de compréhension et d'appréhension de l'interconnexion entre les multiples facteurs d'équilibre économique. L'étude a alors un objectif pratique.

89. **Annonce du plan**. L'étude de la définition de l'équilibre économique de la concession de service public et de travaux publics[190] ne pouvait être fondée que sur une méthode pragmatique favorable à son applicabilité *ex-post*. Puisque l'objet est de définir ce qu'est l'équilibre économique dans les concessions de service public et d'expliquer comment cet équilibre est atteint, la démonstration se devait d'être claire, concise pour être transposable. Pour y parvenir, la logique de cette thèse fut de dépasser une vision « du tout théorique » pour illustrer, exposer et proposer une réalité de ces contrats.

90. Le plan de la démonstration devait répondre à ces exigences : pragmatismes, réalismes, pédagogies, intelligibilité et transversalité. La proposition est simple, presque chronologique. L'étude de la définition de l'équilibre économique des concessions de service public ne peut que commencer par l'analyse préalable des conditions qui lui sont inhérentes, naturelles, car pour parvenir à une définition, il faut en déterminer la source puis les caractéristiques[191] pour en exposer des préceptes.

91. C'est ainsi que l'équilibre économique n'existe que par la préexistence d'une activité activité économique qui correspond ici au service public. En tant que moyen de mise en œuvre de cette *économie à part entière*[192], le contrat de concession figure ici comme un

---

[190] Il n'est pas fait de distinction entre les concessions de service public et les concessions de service public et de travaux publics. La définition de l'équilibre économique d'une concession du « seul » service public qui limiterait les investissements aux biens meubles nécessaires à son fonctionnement répond aux mêmes attentes, même restreintes, que la définition des concessions de service public et de travaux publics. Par ailleurs, la rareté des concessions de service public sans travaux publics oblige à en écarter l'étude particulière pour conserver une harmonie d'analyse juridique.

[191] La définition Larousse du terme *définition* est « le fait de déterminer les caractéristiques d'un concept, d'un mot, d'un objet. V. http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9finition/22700.

[192] LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIX^e^ siècle au droit communautaire », *R.F.D.A.*, 2001, p. 1161.

modèle complet à disposition des personnes publiques. Pour manifester sa singularité, le droit a choisi de se référer au transfert du risque d'exploitation. Cette donnée, passerelle faite entre droit et économie, est une constante à partir de laquelle peut être construit l'équilibre économique (**Première Partie**).

92. Une fois le lien établi, l'analyse intrinsèque de l'équilibre économique peut être conduite. Cette analyse procède d'une vérité pratique, celle d'une relation conventionnelle qui se doit en permanence d'être équilibrée. Le droit est en ce sens abondant. Il permet l'équilibre économique par le consensualisme cadré par l'intérêt général. Il autorise des outils préventifs, correctifs ou curatifs du déséquilibre toujours dans un syllogisme faisant intervenir sujétions, intérêt général et intérêt personnel du cocontractant. Qu'il s'agisse d'anticipations contractuelles, de modifications, de compensations financières ou de sanctions, l'équilibre doit être continu pour faire vivre le contrat et l'exploitation du service public. Or, c'est là que le droit connaît ses limites et que la *libre administration des collectivités territoriales* les accroît autant qu'elle les justifie. Certes, la concession de service public et de travaux publics, comme les délégations de service public, est un contrat à la *discrétion limitée* de la personne publique avec la prééminence de l'*intuitu personae*, pourtant, non moins complexes que ses voisins *partenariats public*-privé. Quoique faisant intervenir des mécanismes financiers souvent similaires, le législateur a concernant l'analyse préalable de l'économie générale, le modèle concessif en retrait. La dimension économique doit ainsi être réintroduite dans la définition de l'équilibre économique des concessions de service public. En son absence, les acteurs publics ne pourront être face qu'à des *moindres déséquilibres économiques*, insatisfaisants tant pour la loyauté des relations que pour la moralité de la destination essentielle faite de l'activité de service public (**Seconde Partie**).

PREMIÈRE PARTIE :

LES CONDITIONS INHÉRENTES À L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE

93. En définissant l'économie du contrat, les personnes consentent à s'entendre sur l'organisation de leurs relations dans un « *ensemble complexe* »[193]. En droit privé, cet ensemble place deux intérêts particuliers dans une situation volontairement normée, où chacun a régulièrement pu exprimer ses besoins, ses attentes et les obstacles à leur réalisation. L'équilibre économique qui en découle est ainsi l'estimation et la valorisation des obligations par une approche subjective de l'équivalence[194]. De la sorte, il existe autant d'intérêt particulier que de personnes, et ainsi autant d'équilibre économique que de contrat. En droit administratif, la logique n'est pas tellement différente sur le point de la construction contractuelle. Seul diffère le rapport de force entre les cocontractants. La personne publique n'est pas seulement une personne morale, mais est une personne morale qui, lorsqu'elle n'agit pas comme un particulier[195], représente l'intérêt général. Par la présence de l'intérêt général, l'équilibre économique du contrat ne saurait se résumer à l'estimation d'une équivalence entre obligations dont la finalité est par nature incomparable[196]. L'équilibre économique est ici soumis à des conditions, préalables à sa définition.

94. La première condition est objective. Le contrat est une réponse au besoin d'intérêt général identifié par une personne publique. C'est donc avec cet intérêt général que l'économie du contrat se doit d'être construite. La « commande publique » offre un panel contractuel aux personnes publiques qui, sous l'influence du droit européen, se résume *in concreto* aux contrats de marché public ou de concession[197]. Seule la seconde fait l'objet de

---

[193] FOULQUIÉ (P.), *Dictionnaire de la lanque philosophique*, P.U.F., 6ème éd., 1992.

[194] V. *Supra*, Introduction générale.

[195] Par exemple, C.E., 3 nov. 2003, req. n°238008, *Union des groupements d'achats publics*, *R.F.D.A.*, 2004, p. 185.

[196] DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, *préc.*

[197] Les dispositions du cadre législatif applicables à l'attribution de concessions devraient être claires et simples. Elles devraient tenir dûment compte de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics et ne pas créer de charge administrative excessive », Directive 2014/23/UE, §2. Toutefois, une autre catégorie contractuelle existe à la marge des concessions et des marchés publics, composée des contrats des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices exclus des directive 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE.

l'étude, en ce qu'elle est la seule à effectivement organiser l'exploitation d'une activité. L'exploitation ainsi entendue ne saurait être effective si elle n'emportait pas le transfert de l'activité de la personne publique vers le cocontractant. La particularité de la concession de service public est alors la dévolution de l'exploitation d'une activité d'intérêt général. Le contrat procure un droit d'exploiter au tiers cocontractant, contrepartie de l'exploitation[198].

95. Mais pour ce faire, la nature de l'activité de service public doit être déterminée. Car pour être adaptée au modèle concessif, l'activité doit être de celles qui peuvent faire l'objet d'un contrat, être organisées par le contrat, et offir une contrepartie valorisable au cocontractant. Ainsi, toutes les activités de service public ne sont pas concernées. Seules les activités de nature économique le sont. Aussi, toutes les activités de service public n'ont pas la même économie générale. Certaines sont très largement inscrites dans une dimension industrielle et commerciale, ce qui les place directement en concurrence avec des activités d'initiative privée. D'autres, parce qu'elles ont une finalité sociale plus forte, n'ont qu'une influence potentielle ou réduite sur le marché. La valeur de la contrepartie du concessionnaire dépendra alors de l'attraction de la concurrence pour l'activité, le droit d'exploiter sera ou non complété par l'intervention financière de la personne publique (**Titre I**).

96. La seconde condition est quant à elle légale. Les contrats de concession de service public et de travaux publics ont, depuis le début des années 1990, été constamment rattachés à un cadre normatif pour en organiser la passation et l'exécution. L'intérêt de ces normes, a été de tenter successivement de définir le contrat de concession de service public par la transposition juridique d'un modèle économique. En outre, à travers la notion de « *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* »[199], le législateur a cru

---

[198] L'exploitation telle qu'entendue par le droit des concessions doit être distinguée des définitions comptable et financière. L'exploitation ne correspond pas à l'activité de l'entreprise à proprement parlé, mais à l'activité qui consiste à produire des biens ou des services et d'en tirer directement ou indirectement les fruits, dont la quotité est sensible aux aléas de l'activité. En cela, il se distingue du prix ou de la subvention qui ne subissent aucun aléa d'activité, et dont le montant est déterminé ou strictement déterminable. En résumé, nous le verrons par la suite, que le droit d'exploiter n'est pas la contrepartie de la prestation, mais la contrepartie du risque d'exploitation.

[199] La sémantique initiale utilisée par le Conseil d'État était « *rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation* », C.E., 15 avril 1996, req. n°168325, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc*, *R.F.D.A.*, 1996, p. 715, concl. CHANTEPY et note TERNEYRE ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 806, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.), *C.J.E.G.*, 1996, p. 270, note SAVIGNAT (R.).

pouvoir définir la délégation de service public en référence au mode de rémunération traditionnel des concessions, la redevance perçue sur les usagers du service.

97. Toutefois, bien que cette définition s'inspire d'une conception de l'histoire et de la pratique courante, elle est à ce stade inachevée et incertaine. Le mode de rémunération, s'il est particulier, ne suffit pas à faire transparaître la singularité des contrats de concession. Cette singularité repose sur le transfert d'exploitation, qui s'entend par le transfert de tous les risques de l'exploitation du service, ou encore « *les risques et périls* ». Or, bien que les notions de rémunération et de risque se complètent, elles ne sont en rien fongibles. Plusieurs exemples contractuels, *non* délégation de service public, peuvent le vérifier. Les contrats de marchés d'entreprise de travaux publics ou autre marché de mobiliers urbains, sont autant de contrats qui transfèrent le risque d'exploitation sans rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation. *A contrario*, d'autres contrats organisent une rémunération substantiellement liées aux résultats d'exploitation sans aucun (ou très faible) transfert de risque. Tel est le cas de la gérance[200] ou de la régie intéressée.

98. L'incomplétude de la définition légale des délégations de service public et son décalage avec la pratique contractuelle *concessive* d'États voisins membres de l'Union européenne[201] ont, en faveur de la sécurité juridique du marché commun, contraint le législateur européen à harmoniser les contrats sur la forme et à les uniformiser par leur équilibre financier. Tel est l'objectif de la Directive 2014/23/UE et des textes qui la transposent. Le texte dispose ainsi que la *concession* est un outil qui formalise le transfert du risque d'exploitation de l'activité économique objet du contrat, et octroie un *droit d'exploiter* en contrepartie.

99. Cette nouvelle définition de la *concession* emporte la contrainte de l'équilibre financier contractuel par le risque d'exploitation. De la sorte, il n'est plus de données ou de composantes de l'équilibre financier qui ne puissent échapper à l'influence du risque. Tous en dépendent, en particulier le mode de rémunération du concessionnaire. Avec le droit d'exploiter, le concessionnaire n'est pas assuré ni d'une rémunération finale ni de la réussite de l'exploitation. Mais la logique du risque dans le contrat de concession ne devrait pas se limiter aux seules « clauses financières ». Bien au contraire, le risque transpire dans chaque

---

[200] C.E., 7 avril 1999, req. n°156008, *Commune de Guilherand-Granges*, *M.T.P.B.*, n°4980, Mai 1999 ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 517, concl. BERGEAL (C.).

[201] V. pour une étude complète, COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*

facteur d'équilibre qui s'exprime dans la durée. Car, avant tout, le risque est une variable économique qui matérialise les effets du temps sur le contrat et sur la poursuite de toute activité économique (**Titre II**).

Titre I - La nature économique du service

Titre II - Le transfert du risque économique

Titre I - La nature économique du service

100. L'étude économique consiste à analyser l'ensemble des activités d'une collectivité, d'un groupe social, aboutissant à la production, la distribution et la consommation des richesses. L'étude économique s'envisage alors sur toutes les activités de l'Homme, qu'elles aient été instutionnalisées ou qu'elles demeurent individuelles, et offre une grille de lecture sur l'environnement social, politique et financier dans lequel s'inscrivent ces activités. Cette approche philosophique de l'économie des activités ressort de nombreux travaux d'économistes dont, notamment, ceux issus du *Traité d'économie politique* de Jean-Baptiste SAY[202]. L'avènement de notre société contemporaire a opéré une distinction entre les activités humaines non économiques et les activités économiques[203]. La vague libéraliste a ainsi fait des activités marchandes l'apanage de ce que l'on appelle la sphère privée et, *a contrario*, les activités étatiques se sont concentrées sur l'organisation et le fonctionnement de l'État en tant que garant de la satisfaction des besoins collectifs.

101. Le service public est une forme de ces activités étatiques. À vrai dire, c'est la forme la plus expressive des choix et nécessités de la société à un instant défini[204]. C'est l'activité d'intérêt collectif, qui est placée sous la responsabilité d'une personne publique qui en a la compétence et la capacité. Cette dernière l'organise, la règlemente, et la propose aux citoyens qui en ont l'utilité, les faisant alors passer dans une catégorie juridique à part, celle d'usager du service public.

---

[202] SAY (J.-B.), *Traité d'économie politique ou Simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses* (1803), Institut Coppet, Paris, 6ème éd. 2011.

[203] « *Production, consommation, investissement, emploi et chômage, création et circulation monétaires, épargne, placements, spéculation, etc. : les activités économiques sont omniprésentes et prédominantes dans le monde contemporain. Il n'en a pas toujours été ainsi. Pendant la majeure partie de l'histoire de l'humanité, les activités aujourd'hui repérées comme « économiques » n'étaient pas séparées des autres : elles s'inscrivaient dans le large flot des activités humaines, dont elles ne peuvent être rétrospectivement distinguées que parce que, depuis lors, il y a eu séparation.* », BEAUD (M.), « Économie, théorie, histoire : essai de clarification », *Rev. éco.*, vol. 42, n°2, 1991, p. 162.

[204] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public,* Paris : Montchrestien, Lextenso éd., coll. « Domat Droit public », 4ème éd., 2016, p.6.

102. Or, si la personne publique demeure invariablement responsable[205] du service public, elle n'est pas tenue, dans toute hypothèse, d'en assurer elle-même l'exercice. Elle est libre du choix de gestion du service public dès lors que ce choix n'a pas pour conséquence l'abandon à son insu, des pouvoirs d'autorité. La définition économique du service public est donc, en théorie, une étude d'opportunité de la gestion : quel est le besoin en service ? Est-il assuré par la sphère privée ? Peut-il être mieux assuré par la personne publique ? Seulement, en pratique, l'étude économique du service public est recentrée prioritairement sur la question du *comment assurer le financement du service public* ?[206].

103. Par ailleurs, le législateur européen a fait de l'étude économique un levier d'application d'un régime juridique contraignant de régulation des activités sur le marché unique. Ce régime s'applique si l'activité répond par une offre à une demande du marché. Cette approche objective néo-libérale n'est pas neutre ; elle tend à assimiler progressivement toute activité à une activité économique soumise aux règles de la concurrence. Or, notre droit administratif, qui a assis sa légitimité sur la séparation de la sphère privée de la sphère publique, se voit rénové par des règles supranationales qui s'inspirent d'une approche mercantile de l'activité et des services.

104. En outre, cet environnement propose un postulat assez simple qui peut être résumé. Si la personne publique décide de faire appel à la sphère concurrentielle pour satisfaire l'exercice d'une de ses activités, c'est que cette activité est *ab initio*, au nombre de celles que les traités et la Cour de Justice de l'Union européenne considèrent comme de nature économique[207] (**Chapitre I**). La valeur économique de cette activité est estimée en fonction du droit financier accordé au cocontractant chargé de son exploitation (**Chapitre II**).

---

[205] Léon BLUM, dans ses conclusions sur l'affaire *Compagnie française des tramways,* disait que la personne publique y compris lorsqu'elle en concède l'exercice, *« reste responsable de la sécurité publique qu'une exécution inhabile du service peut compromettre. Il reste responsable de l'ordre public qu'une exécution incomplète ou maladroite peut troubler »*.

[206] V. à ce sujet, BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 289, 2015.

[207] En d'autres termes, il n'est pas possible de faire commerce ou d'exploiter de ce qui n'est pas inclus dans le marché.

Chapitre I - Le service public objet économique

105. Le champ d'application du contrat de concession de service public apparaît large et varié. Son objet, le service public, a pour définition toute activité d'intérêt général, directement ou indirectement[208] rattachable à une personne publique[209]. Cette définition rend malaisée toute tentative de catégorisation d'activités publiques susceptibles d'en faire partie[210]. Si les services publics sont nécessairement des activités publiques, toute activité publique n'est pas un service public. Ainsi, toute activité publique n'est pas susceptible de concession[211]. Cela est le cas, notamment, des activités des personnes publiques poursuivies à des fins privées[212].

106. Aussi, bien que l'outil concessif ne concerne que les seuls services publics[213], tout service public ne peut être concédé. L'activité doit remplir certaines conditions préalables avant toute opération de transfert à un tiers exploitant. En premier lieu, le service public doit revêtir le caractère d'activité économique. Il s'agit d'une première difficulté tant la notion

---

[208] Pour un exemple significatif : « *lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements* », C.E., 6 avril 2007, req. n°284736, *Commune d'Aix-en-Provence*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1020, chron. ; *R.F.D.A.*, 2007, p. 812, concl. SENERS (F.).

[209] Le Conseil d'État a, depuis l'arrêt *APREI*, ouvert le champ des activités de service public, en reconnaissance l'existence de celles-ci même en l'absence de prérogatives de puissance publique ; C.E., 22 févr. 2007, req. n°264541, *Association pour le personnel relevant des établissements pour inadaptés*, *J.C.P.A.*, 2007, n°10-11, 2066, concl. VEROT, note ROUALT (C.) ; *J.C.P.A.*, 2007, N°23, 2145, note GUGLIELMI (G. J.), KOUBI (G.).

[210] « (…) *paradoxalement, la notion qui devrait donner au droit administratif son unité couvre des situations très hétérogènes au point que la notion s'est diluée et le droit administratif empêtré dans des complications* », DELVOLVE (P.), *Le droit administratif*, Paris : Dalloz, 2000, p. 44.

[211] V. COSSALTER (P.), *Délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 2007, p. 254 et s.

[212] De toute évidence, est insusceptible de faire l'objet d'une concession de service public, la gestion du domaine privé des personnes publiques, la qualité de service public faisant ici défaut : V. nota. T.C., 24 janv. 1952, *Conservateur des eaux et forêts de la Corse et commune de Frasseto c. Sieur Mariani*, *Leb.*, p. 613 ; T.C., 10 juin 1963, *Société Lombard et Morello*, *Leb.*, p. 786 ; T.C., 25 juin 1973, *ONF c/ Béraud*, *Leb*., p. 847 ; *A.J.D.A.*, 1974, p. 350.

[213] C.E., 9 déc. 2016, req. n°396352, *Commune de Fontvielle*, *J.C.P.A.*, n°8, 27 Février 2017, p. 2062, concl. PELISSIER (G.), note SESTIER (J.-F.).

d'activité économique n'est pas employée de manière uniforme entre le droit public interne et le droit européen[214]. En droit interne, un service public est une activité économique lorsque le service revêt les vertus[215] d'une activité industrielle et commerciale. Cette conception acquise depuis les jurisprudences *Bac d'Eloka*[216] et *Société générale d'armement*[217] permet de faire la distinction entre le service public administratif et le service public exploité « *dans les mêmes conditions qu'un industriel normal* ».

107. Néanmoins, le droit européen, en régulant le marché économique, a rendu la distinction SPA/SPIC acquise depuis près d'un siècle en droit[218], insuffisante et caduque. La distinction entre la nature économique et non économique de ce qu'il convient d'appeler les services d'intérêt général ne recoupe pas nécessairement celle opérée en droit interne[219]. En l'occurrence, la nature économique d'un service, dans le marché européen, n'est fondée ni sur le caractère « administratif » ni sur celui « « industriel et commercial ». Ses critères sont objectifs et uniformes[220]. Ainsi, un service public administratif n'est pas, nécessairement[221], une activité exclue du champ du droit de la concurrence[222].

---

[214] Par exemple, v. DE FONTELLE (L.), *Les personnes publiques, prestataires de service marchand. Repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence*, Thèse, université de Pau et des Pays de l'Adour, dir. Terneyre (P.), (728 p.).

[215] C.E., Ass., 11 nov. 1956, req. n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Leb.*, p. 434.

[216] T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Leb.*, p. 91, *D.*, 1921.3.1, concl. MATTER (P.) ; *S.*, 1924.3.34, concl. MATTER (P.).

[217] C.E., 23 déc. 1921, *Société générale d'armement*, *Leb.*, p. 1109 ; *R.D.P.*, 1922.74, concl. RIVET. Le Conseil d'État parle alors de « *services industriels publics* ».

[218] Et non en économie puisque, au contraire, de nombreux économistes tels que François TRÉVOUX ou Henry LAUFENBURGER, parlent de *services publics économiques*. Notamment, F. TRÉVOUX identifie les services publics économiques comme les services offerts au public et qui revêt « *par suite de l'interdépendance provenant de l'échange* » une importance fondamentale dans « *les besoins de la vie économique contemporaine infiniment complexe* » ; alors « *nombre d'entreprises et de métiers doivent se regarder et fonctionner comme des services publics économiques* », « La notion économique de service public », *.Rev. éco. pol.*, 1938, t. L II, p. 374-375.

[219] C.J.C.E., 15 janv. 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. et Strohal Rotationsdruck GesmbH*, *Rec. C.J.C.E*, p. I-102 ; C.J.C.E, 10 nov. 1998, aff. C-360/98, *Gemente Arnhem, Gemente Rheden et BFI Holding BV*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-6846. V. aussi, LE BERRE (C.), « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.*, 2008, p. 50.

[220] C.J.C.E., 23 avril 1991, affaire C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, *Rec. C.J.C.E.* 1991 p. I-01979.

[221] Cela vaut particulièrement pour les services sociaux d'intérêt général qui peuvent être soit économiques, soit non économiques, Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SWD(2013) 53 final/2, Point 1, p. 16. V. aussi, GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *Droit du service public,* Paris : Montchrestien, Lextenso éd., coll. « Domat Droit public », 4ème éd., 2016, p. 171 et s.

108. En second lieu, le service public doit être concédable, et donc être autorisé à être l'objet d'une dévolution de gestion de la personne publique vers un tiers, privé ou public[223]. En règle générale, une certaine présomption[224] de délégabilité est accordée aux services publics. Seules ne peuvent être transférées les activités réservées à l'Autorité publique, soit parce qu'il s'agit d'un domaine de compétence qui lui est propre, soit parce qu'il met en œuvre des prérogatives de puissance publique. Cela revient alors à exclure du champ de la concession, les seules activités exclues de fait ou de droit, du secteur marchand[225] (*Section 1*).

109. Cette analyse préalable du service public concédable a une importance fondamentale sur les règles applicables au transfert économique de la gestion. D'abord, le transfert de la gestion se doit d'être encadré de manière à assurer l'effectivité du caractère d'intérêt général inhérent au service concédé. Cela passe par un contrôle continu et approfondi, du patrimoine transféré. Ensuite, le transfert de la gestion ne peut s'exonérer des obligations issues du droit économique et applicable aux activités économiques classiques, potentiellement concurrentes sur le même marché (*Section 2*).

Section 1 - La concession d'une activité économique d'intérêt général

110. Avec le droit européen, la reconnaissance de la nature économique d'une activité d'intérêt général a permis d'appliquer à tout gestionnaire, y compris personne publique, les règles spécifiques du droit de la concurrence. En affirmant que certains services ont une

---

[222] *« à partir du moment où les collectivités publiques s'engagent dans la sphère des activités économiques, elles sont tenues de se plier aux lois du marché ; les exigences du service public doivent dès lors se combiner avec le respect dû à la concurrence* », CHEVALLIER (J.), *Le service public*, 9ème éd., p. 78.

[223] « *Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* », C.E., avis, 8 novembre 2000, req. n°222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants, J.O.R.F.*, n°282, 6 décembre 2000, p. 19380 ; *A.J.D.A.*, 2000, p.987 ; *R.F.D.A.*, 2001, p. 112, concl. BERGEAL (C.) ; C.E., 30 déc. 2014, req. n°355563, *Société Armor SNC*, *CSP-DSP*, n°21, Février 2016, p. 19, chron. RAYMUNDIE (O.).

[224] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *supra*, p. 681.

[225] Par ex., C.J.C.E., 17 févr. 1993, aff. C-160/91, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, *Rec. C.J.C.E.*, 1993, p. I-00637 (régime de sécurité sociale français) ; 19 janv. 1994, aff. C-364-92, *SAT c. Eurocontrol*, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, p. I-00043 (police de l'espace aérien).

nature économique, et que la poursuite d'une telle activité entraîne la qualification de l'entité gestionnaire en « entreprise »[226], les dispositions de l'article 106 § 2 T.F.U.E.[227] trouvent à s'appliquer.

111. En cela, la concession concerne toutes les activités qui pourraient être gérées par des entités privées. Cette interprétation[228] découle de la définition retenue[229] par la jurisprudence européenne. Dans une affaire *Commission des Communautés européennes c. République Italienne*, la Cour de justice définissait les « *activités économiques de caractère industriel ou commercial* » comme celles « *consistant à offrir des biens et des services sur le marché* »[230]. Puis, dans sa décision *Höfner*[231], la Cour de justice reconnait que l'activité de placement organisée par l'Office public allemand pour l'emploi est soumise au droit de la concurrence, dès lors que des sociétés privées ont développé, en parallèle, une activité comparable[232]. Il en résulte, comme le professeur NICINSKI le rappelle, que la notion d'activité économique « *dépasse largement la notion de service public* »[233] (**§1**).

112. Dans cet environnement, la directive 2014/23/UE est venue préciser que les règles relatives à la concession ne devaient par ailleurs concerner que les services d'intérêt économique général, les services non économiques ne relevant pas de son champ

---

[226] C.J.C.E., 23 avril 1991, affaire C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, *préc.* ; C.E., Sect., 30 mai 1930, req. n°06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Leb.*, p. 583.

[227] « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* ».

[228] BERNARD (E.), « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *R.I.D. éco.*, 2009/33 (t.XXIII, 3), p. 353-385.

[229]Une autre définition donnée par J.-M. LE GOFF définit l'activité économique selon deux critères, la subsistance et la production. Ainsi, « *l'activité économique inclut non seulement des activités orientées vers le marché, c'est-à-dire, dont le produit est susceptible d'un échange* » mais aussi « *si le produit de cette activité peut être classée dans la nomenclautre du système de comptabilité nationale* » ; LE GOFF (J.-M.), « L'activité économique au sens du BIT », *Espaces populations sociétés,* 2013/3, 2013, p. 157 à 162.

[230] C.J.C.E, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Rec. C.J.C.E.*, 1987, p. 02599.

[231] C.J.C.E., 23 avril 1991, affaire C-41/90, *préc.*

[232] « *En outre, étant donné qu'il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées, la condition qu'il n'y ait pas d'entreprises privées qui puissent satisfaire les besoins pour lesquels l'organisme concerné a été créé risquerait de vider de sa substance la notion d'organisme de droit public* », C.J.C.E, 10 nov. 1998, aff. C-360/98, *BFI Holding*, *préc.*

[233] NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, 4ème éd., 2014, p. 324.

d'application[234]. Cette exclusion est d'ailleurs évidente tant les contrats de concession ne semblent pas être adaptés à la gestion de services non économiques. La qualité d'activité économique apparait, *in concreto*, la seule compatible avec l'objet de la concession, ses objectifs, et sa finalité. Une telle réflexion n'est pas nouvelle et existait déjà sous l'empire de la loi MURCEF[235]. La doctrine relevait déjà à cette occasion que, si des services publics administratifs pouvaient être délégués, ce n'est qu'en dehors des règles législatives établies pour les délégations de service public[236] (**§2**).

Paragraphe 1 - L'identification du service à valeur économique

113. Pour identifier la valeur économique d'un service public, le juge administratif s'est longtemps fondé sur la méthode des faisceaux d'indices, nécessaire pour qualifier un service public industriel et commercial. En effet, lorsque la loi ne définit pas la nature du service public, celui-ci est toujours présumé avoir le caractère administratif. Ainsi, pour révéler la nature économique du service, le juge se fonde sur l'objet de l'activité économique, le mode de fonctionnement retenu par la personne publique, et l'origine des ressources du service[237]. Or, comme le relève J. CHEVALLIER, une telle méthode « *conduisait à un certain impressionnisme, le juge se laissant influencer par les circonstances concrètes des affaires, en faisant preuve d'éclectisme et sans accepter d'être lié par des critères précis* »[238].

114. Si la méthode est aujourd'hui cohérente avec la notion d'activité économique, soit la recherche d'une activité économique[239], le juge interne n'a pas abandonné la qualification du caractère économique d'un service par la notion de service public industriel et commercial (A). Toutefois, la stabilisation de la notion de service en droit européen conduit à penser qu'il

---

[234] Directive 2014/23/UE, paragraphe 6.

[235] L. n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF).

[236] « *Dans la mesure, où un SPA peut, par principe, être délégué, il doit dès lors répondre au critère principal retenu par la loi Murcef pour qualifier une délégation de service public : le fait que la rémunération du service soit substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Il s'agit là d'une seconde étape qui, de nouveau, soulève des difficultés, dans la mesure où elle met en exergue la nature réfractaire des SPA au critère essentiel de la délégation. »*, PEREON (P.), « La délégation des services publics administratifs », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1449 ; GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*, p. 680.

[237] C.E., Ass., 11 nov. 1956, req. n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Leb.*, p. 434.

[238] CHEVALLIER (J.), *Le service public*, *préc.*, p. 94 à 95.

[239] T.C., 23 mars 2005, req. n°C3413, *Mme Alberti-Scott c. Commune de Tournefort*, *Leb.*, p. 251.

est de la sécurité juridique des contrats de concession, de préférer à l'identification d'un service public industriel et commercial, un service de nature économique (B).

A. La concession d'un service public industriel et commercial

115. Le contrat de concession est le mode de gestion préférentiel voire naturel des services publics industriels et commerciaux. La personne publique, réputée n'intervenir que temporairement dans la sphère économique et de manière exceptionnelle, n'a pas vocation à gérer, par elle-même, les activités de nature économique (1). Toutefois, la conception libérale du marché européen a favorisé l'intervention des personnes publiques dans la sphère économique, notamment par la concession d'activités industrielles et commerciales (2).

1. La concession pour mode de gestion naturel

116. La concession de service public et de travaux publics est, en tant que moyen d'externalisation totale du service public, construite sur l'appel à l'initiative privée pour exploiter le service public et financer, construire, entretenir et maintenir les ouvrages qui lui sont utiles. En cela, l'économie du contrat se fonde sur un financement externe, et donc sur la capacité d'un tiers opérateur, à trouver les ressources financières pour accomplir cette mission. Ce financement externe, comme son procédé le suppose, interdit ou du moins limite fortement le recours au financement « interne », soit le financement par la/les personnes publiques. Le mode de financement contractuel est, sur le principe, en total adéquation avec le mode de financement des services publics industriels et commerciaux[240].

117. Par ailleurs, l'opération ici décrite ne peut se résumer au seul appel de fonds privés sans assurer une quelconque contrepartie à l'opérateur-investisseur. Il s'agit, pour ce dernier, de trouver un intérêt privé dans la gestion d'un service d'intérêt public. Pour y parvenir, le concessionnaire est autorisé à récupérer, la totalité ou en partie, les redevances versées par les usagers du service public. Par ce schéma économique – pas/peu de financement public et une rémunération sur l'exploitation – les services objets de la concession doivent, nécessairement, être suffisamment rentables et profitables pour intéresser un investisseur gestionnaire.

[240] C.G.C.T., Art. L.2224-1.

118. Or, et pendant longtemps, la recherche de rentabilité, de profit ou de bénéfice financier a été exclue des aspérités des personnes publiques[241]. Ces dernières ne pouvaient légitimement poursuivre que des activités purement d'intérêt général, et dénuées d'intérêt financier. Les services de nature économique se devaient d'être de la seule compétence des personnes privées[242]. Cette logique conduisait les collectivités locales à n'interférer avec la sphère économique « *que dans des circonstances exceptionnelles* »[243] ; puis, lorsqu'au regard des circonstances de temps et de lieu, et nécessairement par le constat d'une « *carence de l'initiative privée* », un besoin public était né[244].

119. Pour autant, cette interférence avec la sphère économique ne signifiait pas systématiquement une intervention directe, par la voie de la régie, de la personne publique[245]. Au contraire, « *le professeur DELVOLVÉ rappelle ainsi que la délégation de service public s'appliquait de manière classique* « *essentiellement aux services industriels et commerciaux, dont la rentabilité seule permettait d'assurer la rémunération recherchée par la personne chargée du service public* »[246]. Le caractère ambivalent du service public industriel et commercial qui est la satisfaction d'un intérêt public, par la poursuite d'une activité économique, suppose que la meilleure manière de les gérer ne relève pas de la gestion publique, mais d'une gestion privée[247]. Par conséquent, le mode de gestion de principe des

---

[241] RITLENG (D.), « Financement du service public et aides d'État », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1011 ; BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris : L.G.D.J., 2001.

[242] « *Ainsi cette distinction s'impose : certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique, il est nécessaire que le principe de séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice* (…)*. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occassionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général* (…) », concl. MATTER (P.), T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *préc.*

[243] C.E., 29 mars 1901, req. n°94580, *Sieur Casanova*, *Leb.*, 1901, p. 333 ; *S.* 1901.3.73, note HAURIOU (M.).

[244] C.E., Sect., 30 mai 1930, req. n°06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Leb.*, p. 583.

[245] C.E., Ass., 20 déc. 1935, req. n°39234, *Établissements Vézia*, *Leb.*, p.1212.

[246] BERNARD (S.), *supra*, p. 43.

[247] Dans ses conclusions sous l'affaire *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, le commissaire du gouvernement CHARDENET précise déjà, avant toute distinction entre S.P.A et S.P.I.C. que « *Pour éviter d'exposer la personne publique à tous les risques auxquels nous venons de faire allusion, pour lui éviter d'engager ses ressources propres dans des opérations commerciales et industrielles qu'impose le fonctionnement du service public, pour lui éviter d'être obligée de reoucrir parfois à des emprunts plus ou moins onéreux, on a songé à s'adresser à des tiers particuliers ou sociétés, pour assurer le service public* (…)*. On est arivé au contrat de concession. On l'a fait surtout pour les services municipaux, et il nous paraît bien superflu de vous rappeler que le Conseil d'État s'est toujours montré peu favorable à l'exploitation de semblables*

services publics administratifs était (est) la régie ; le mode de gestion de principe des services publics industriels et commerciaux était (est) la concession à un tiers. C. BETTINGER, dans son ouvrage *Les concessions de service public et de travaux publics,* n'a ainsi pas hésité à affirmer que « *si tout service public, industriel et commercial, n'est pas une concession de service public, toute concession de service public porte nécessairement sur un service public, industriel et commercial* »[248]. L'auteur précise même que « *M. P. Laroque considérait par exemple, que la possibilité de concession était l'un des quatre éléments caractérisant les services industriels et commerciaux* »[249].

120. De plus, la gestion par la concession est tout à fait pertinente avec le cadre juridique applicable au service public industriel et commercial[250]. On parle alors de services publics « *à gestion privée* »[251]. Les rapports entre le gestionnaire du service et les usagers sont de droit privé et, tout litige né de l'exécution du service public, relève de la compétence du juge judiciaire[252]. Par ailleurs, les contrats passés par le gestionnaire sont, dans leur grande majorité, des contrats de droit privé.

121. En réalité, si la concession est un mode privilégié de la gestion des services publics industriels et commerciaux, c'est surtout par la reconnaissance d'un meilleur savoir-faire des opérateurs de la sphère privée plutôt que par facilités légales[253]. La personne publique n'a ni les compétences, ni l'appétence, pour la gestion des activités normalement gérées par la

---

services directement par les communes », concl. CHARDENET (P.), *in Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, *vol. 1 : 1831-1940*, p. 570.

[248] BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, *préc.*, p. 28.

[249] *Ibid.*, référence à LAROQUE (P.), *Les usagers des services publics industriels* », thèse, Paris, 1933, p. 12.

[250] NICINSKI (S.), *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, 1 vol. (564 p.).

[251] CHEVALLIER (J.), *préc.*, p. 28.

[252] T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *préc.*

[253] Le profeseur L. RICHER fait remarquer que le droit actuel, issu de la loi de 2001 ou des transpositions de la directive 2014/23/UE en 2016, que le principe de gestion du service public est légalement la régie directe. Dans tout le régime juridique applicable, qu'il soit procédural ou fiscal, n'est pas des plus favorables à la délégation d'activité. La délégation est, par nature, l'exception, V. RICHER (L.), *La concession en débat*, p. 25-28.

sphère privée. D'ailleurs, seules les plus grandes collectivités ont la capacité à gérer en régie de tels services[254].

2. La concession pour mode d'intervention dans l'économie

122. Les personnes publiques ont par les modes de gestion déléguée accru leur intervention dans la sphère économique[255]. Le modèle concessif est, par antériorité, celui qui a été le plus utilisé pour permettre la réalisation d'infrastrucures et d'équipements publics. Aussi, l'augmentation du nombre des concessions et délégations de service public fait suite à différents phénomènes.

123. Le premier est l'affaiblissement de la capacité de financement des équipements de la personne publique mais l'augmentation du besoin en équipements. Les collectivités territoriales sont ici les premières concernées puisqu'elles sont le premier échelon de l'investissement[256]. Or, l'évolution de leur niveau de ressource n'est plus en adéquation avec le champ de leurs compétences. L'accroissement des dépenses de fonctionnement prend ici le pas sur la capacité à autofinancer les équipements de service public[257].

124. L'exemple du service public des crématoriums en est l'illustration. Historiquement, la crémation est une activité économique d'intérêt général gérée par la personne publique, mais ouverte aussi à l'initiative privée. La réforme de la législation funéraire issue de la loi du 8

---

[254] On pense particulièrement au service de l'eau où les collectivités territoriales ont, ces dernières années, procédé à la réinternalisation de leur service de distribution, mais aussi de l'assainissement des eaux. Toutefois, cette réinternalisation n'a pas pour cause une défiance technique envers les opérateurs privés, mais une défiance financière notamment dans la fixation des tarifs du service public. V. par ex. : VILA (J.-B.), « Le contrôle d'une délégation de service public par une chambre régionale des comptes.- Le cas d'eau de Marseille Provence Métropole », *J.C.P.A.*, n°48, 1er Décembre 2014, 2336.

[255] V. à ce sujet, ECKERT (G.), *Droit administratif et commercialité*, Thèse, université de Strasbourg III Robert Schuman, 1994, dir. WALINE (J.), 2 vol. (854 p.).

[256] « *Les collectivités locales assurent 58 % de l'investissement public dont l'évolution est un enjeu à la fois macroéconomique et de développement local. Les perspectives d'évolution en 2015 des recettes des collectivités locales sont marquées par la baisse accrue de la DGF (- 3,4 M€), conduisant à la première réduction des transferts financiers de l'Etat (- 2 Md€), ainsi que par la hausse modérée de la fiscalité directe.* », Cour des Comptes, *Les finances publiques locales*, Synthèse du rapport sur la situation financière et la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, Octobre 2015, p. 24.

[257] « L'investissement des collectivités recule de 7.3 % en 2015 », intitulé de la Une Finances de la Gazette des communes, disponible : http://www.lagazettedescommunes.com/356372/linvestissement-des-collectivites-recule-de-73-en-2015/

janvier 1993[258] a conduit à revoir le domaine de compétences en la matière. L'article L.2223-40 a été inséré au C.G.C.T et dipose que, désormais, « *les communes et les établissements publics de coopération intercommunale sont seuls compétents pour créer et gérer les crématoriums et les sites cinéraires* ». Se posaient alors deux questions : de quelle nature est le service public de crématorium désormais de la seule compétence des communes et de leurs intercommunalités ; et comment régler la situation des crématoriums créés et gérés *ex ante* par des opérateurs privés. À la première question, la réponse a été donnée par le Conseil d'État dans un avis du 19 décembre 1995, où le service extérieur des pompes funèbres devient un service public industriel et commercial. Le fondement du juge est, naturellement, que la confusion des activités publiques et des activités privées des services extérieurs des pompes funèbres, doit conduire à considérer que le service en question est uniquement[259] un service industriel et commercial[260]. À la seconde question, la loi énumère trois options : le refus de la commune d'avoir un crématorium sur son territoire ; le rachat du crématorium existant et une poursuite en régie ou la construction d'un nouveau crématorium et l'extinction du crématorium privé dans un délai de quatre ans ; et la conclusion d'une convention de délégation de service public suite à un rachat des installations et après une mise en concurrence de différents opérateurs[261]. *In concreto*, l'augmentation exponentielle de la demande de crémation depuis la loi de 1993 a occasionné une carence de l'offre en crématorium. Dans un rapport relatif aux opérations funéraires, on peut constater que l'offre par délégation de service public représente plus de 70 % des crématoriums. Les projets de

---

[258] L. n°93-23 du 8 janv. 1993, *J.O.R.F.*, n°7 du 9 janv. 1993, p. 499, NOR : INTX9200170C.

[259] La jurisprudence du Tribunal des conflits conduisait à qualifier le service de crématorium de service public administratif, dès lors que celui-ci était géré en régie, T.C., 20 janv. 1986, req. n°02413, *Commissaire de la République de la Région Ile-de-France et du département de Paris c. cour d'appel de Paris ; maire de Paris contre S.A. Roblot et Jean Bouissox*, *A.J.D.A.*, 1986, p. 267, obs. RICHER (L.).

[260] « *À l'issue de la période transitoire instituée par l'article 28 de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 relative à la législation dans le domaine funéraire, le service extérieur des pompes funèbres revêtira le caractère d'un service public industriel et commercial. Il en ira ainsi eu égard à l'origine de ses ressources, constituées par le prix acquitté par les familles en paiement des prestations assurées, et aux modalités de son fonctionnement, marquées par la pluralité des intervenants publics ou privés agissant dans le cadre de la loi précitée du 8 janvier 1993*. », C.E., Sect. Int., avis, 19 déc. 1995, n°358102, relatif au service extérieur des pompes funèbres,

[261] Circ. n°NOR/INT/B/00/00269C, du 27 nov. 2000, relative à la gestion des crématoriums dans le cadre de la loi du 8 janvier 1993.

construction sont, pour leur part, très largement entamés dans le cadre d'une concession de service public et de travaux publics[262].

125. Le deuxième phénomène est celui de la régulation accrue du marché économique. Le droit européen a fortement cadré l'interventionnisme étatique en appliquant le droit de la concurrence aux services publics. De plus, l'encadrement des aides d'État par les traités a largement contribué à l'abandon progressif, par les personnes publiques, d'activités économiques auparavant gérées soit en régie directe, soit sous la forme d'établissements publics[263]. La délégation à des personnes privées, totalement ou à participation publique, est devenue une des solutions à la gestion des activités économiques des personnes publiques[264].

126. Le dernier phénomène est, paradoxalement, intimement lié au deuxième puisque, la régulation du marché unique s'est accompagnée d'une vague de libéralisation et de l'accès des personnes publiques à la sphère économique. Par l'arrêt de principe *Ordre des avocats au barreau de Paris*[265], les personnes publiques ont été autorisées à créer des servics publics facultatifs si elles justifient « *d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée* »[266]. Dans ces circonstances, la seule limite à la diversification des services publics locaux est le respect de la liberté de commerce et d'industrie et des règles

---

[262] Rapport du Conseil national des opérations funéraires 2007-2013, Août 2014, p.20. V. aussi, LECERF (J.-R.), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre SUEUR et plusieurs de ses collègues, visant à instaurer un schéma régional des crématoriums, n°545, Sénat, Session ordinaire de 2013-2014, 21 mai 2014, 38 p.

[263] IDOT (L.), « Garantie de l'État et statut des EPIC », *Europe*, n°7, Juillet 2016, comm. 246 ; V. sur le même sujet, **ECKERT** (G.), « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *J.C.P.A.*, n°21, 26 Mai 2014, 2160 ; états du colloque à l'Université Jean Moulin Lyon III, « Les EPIC dans tous leurs états : Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », *J.C.P.A.*, n°31-35, 27 Juillet 2009, 2196.

[264] « *Les solutions alternatives généralement mises en oeuvre pour la prise en charge d'une activité de service public à caractère marchand sont le recours à la société commerciale – ab initio ou par « sociétisation » d'un EPIC – avec un actionnariat (majoritairement) public, ou bien la gestion déléguée à un opérateur économique*. », **GABAYET** (N.), « L'établissement public, procédé à reconsidérer (2/2). - L'établissement public gestionnaire d'activités économiques : adaptation ou extinction ? », *J.C.P.A.*, n°15, 18 Avril 2016, 2104.

[265] C.E., Ass., 31 mai 2006, req. n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *Leb.*, concl. CASAS (D.), *R.F.D.A.* 2006, p. 1048.

[266] Il est à noter que sur ce point, les juges du Conseil d'État ont fait évoluer leur jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, la carence de l'initiative privée n'étant plus une condition mais une possibilité. V. C.E., 30 mai 1930, *Leb.*, p. 583.

de la concurrence[267]. Bien que la carence de l'initiative privée ne justifie pas un « *principe concessif* »[268], il est remarquable que l'outil concessif demeure plus adaptable aux exigences et particularismes des activités commerciales que, pour nombre de collectivités, le recours à la régie directe.

B. La concession d'un service d'intérêt économique général

127. La notion de service public est rarement utilisée en droit européen ; on lui préfère la notion de service d'intérêt général, plus transcendante et moins clivante aux seules acitivités d'intérêt général réalisées sous la tutelle organique d'une personne publique. Les particularismes du droit interne ne pouvant s'imposer à l'ensemble des États membres de l'Union européenne[269], le droit européen des services a préféré l'application d'un critère fonctionnel[270], fondé sur la nature économique ou non du service presté[271]. Si cette qualification entraine l'application des règles du droit de la concurrence (1), il demeure que ces activités diffèrent des activités économiques classiques en ce qu'elles sont grevées d'obligations et de missions particulières de service public (2).

1. L'application des règles de la concurrence aux concessions de service d'intérêt économique général

128. Lorsqu'un service d'intérêt général est exploité à la manière d'une activité économique, le droit et la jurisprudence considèrent qu'il s'agit d'un service d'intérêt économique général. Dans l'affaire *FENIN*, l'avocat général P. MADURO explique que « c*e n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement, être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais le*

---

[267] Il faut toutefois relever que le juge européen n'est pas si catégorique quant à l'éviction du critère de la carence pour la création d'un service public facultatif. Dans une décision opposant l'État français à la Commission européenne, le juge considère qu' « *il doit être rappelé, d'une part, que, même si l'État membre dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, il ne peut établir un SIEG que dans la mesure où celui-ci répond à un besoin réel de service public et, d'autre part, que, si la demande est déjà satisfaite par les forces du marché, un tel besoin ne saurait exister* », T.P.I.U.E., 1er mars 2017, aff. T-366/13, *République française c. Commission européenne* et aff. T-454/13, *SNCM c. Commission européenne*.

[268] « *Aujourd'hui, toute trace du principe concessif a disparu.* (…) *C'est seulement dans des cas particuliers que, en vertu d'un texte, l'intervention publique, éventuellement sous forme d'attribution d'une concession, est subordonnée à l'insuffisance de l'initiative privée* », RICHER (L.), *La concession en débat*, p. 27.

[269] BERNARD (E.), « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *R.I.D. éco.*, 2009/33 (t.XXIII, 3), p. 353-385.

[270] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*, p.148 à 149

[271] LE BERRE (C.), « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.*, 2008, p. 50.

fait que l'activité est exercée dans des conditions de marché »[272]. Dès lors, par application du critère fonctionnel de l'activité économique, le service ici qualifié d'économique, se voit appliquer les règles du droit de la concurrence[273], quel que soit le mode de gestion. L'article 106§2 T.F.U.E dispose ici que *« les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence* (…) ».

129. L'application de l'article 106§2 T.F.U.E. n'est pourtant pas un obstacle à la liberté du choix de gestion par les pouvoirs adjudicateurs. Dans deux décisions successives datant de 2009, la Cour de Justice de l'Union Européenne a soutenu qu' « *il doit demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs, agissant en toute bonne foi, d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité* »[274]. Cette liberté dans le choix de la gestion des États membres et des pouvoirs adjudicateurs a été aussi reprise par la directive 2014/23/UE[275] et sa transposition par l'ordonnance du 29 janvier 2016[276].

130. Le régime juridique relatif aux SIEG est contraignant et doit être parfaitement analysé avant le choix du mode de gestion. D'abord, la gestion doit respecter des règles identiques à celles suivies par les entreprises privées. Il est ici question des obligations liées à la fiscalité des entreprises, mais aussi du suivi de règles comptables permettant de retracer l'activité exploitée. Puis, il revient aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à une mise en concurrence de différents opérateurs lorsqu'ils souhaitent déléguer le service, et lorsque les opérations de

---

[272] concl. MADURO (P.) sur C.J.C.E., 11 juill. 2006, aff. C-205/03, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-06295.

[273] BERNARD (E.), *Supra*.

[274] C.J.C.E, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurawasser*, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-08377, paragraphe 74 ; C.J.C.E., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, *Rec. CJ.C.E.*, 2009 I-04747, paragraphe 45 : « *une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques* »

[275] Art. 2

[276] Ord. n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *J.O.R.F.*, n°25 du 30 janvier 2016, texte n°66, Art. 8.

service, de travaux, ou les deux, ont une valeur égale ou supérieure aux seuils européens[277]. Enfin, la gestion de l'exploitation doit être financièrement transparente, permettant de comptabiliser les revenus d'exploitation, mais aussi, de contrôler les flux financiers du pouvoir adjudicateur vers l'exploitation. Puisque la gestion ne doit en rien contrevenir au marché unique, le régime des articles 107 T.F.U.E. et suivants relatif aux aides d'État est pleinement applicable. Dès lors, toute aide publique versée au gestionnaire, public ou privé, doit être compatible avec les règles du traité ; soit par une validation *ex ante*, soit parce qu'elle fait partie d'un régime d'aides jugé compatible par la Commission européenne.

131. Une telle aide peut être compatible avec le traité lorsque la gestion du SIEG est en difficulté. L'article 106§2 prévoit une exception aux règles de la concurrence invocable par le gestionnaire du SIEG. En effet, les règles de la concurrence ne doivent être respectées que « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Le gestionnaire peut, dans ces conditions, se voir octroyer des droits spéciaux ou exclusifs, lui permettant ainsi, de bénéficer d'une plus grande souplesse économique[278]. Cela est, en pratique, très récurrent en matière de concession. Le concessionnaire peut être exploitant à titre exclusif, titulaire de prérogatives de puissance publique, ou jouir d'une infrastructure essentielle au regard des opérateurs concurrents[279].

2. La concession d'un service grevée d'obligations de service public

132. La gestion d'un SIEG n'implique pas qu'un régime contraignant de droit de la concurrence. Il crée un bloc d'obligations et de missions particulières liées aux fonctions sociales du service public[280]. Ainsi, dans les célèbres affaires *Paul Corbeau* et *Commune d'Almelo,* le juge européen a reconnu que la gestion déléguée de SIEG induit la poursuite d'une « *mission d'intérêt général* »[281], ce qui justifie que le gestionnaire bénéficie de certains droits privilégiés par rapport à la concurrence.

---

[277] Soit 5 186 000 euros, Dir. 2014/23/UE, Art. 8.

[278] T.F.U.E., Art. 106§1.

[279] C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-2533.

[280] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*, p. 154 et s.

[281] C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *préc.* ; C.J.C.E., 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1477.

133. La mission d'intérêt général assumée par les gestionnaires de SIEG ou de services universels[282] - particulièrement dans le cas des services de réseaux – sous-entend que le gestionnaire du service assure, au-delà de l'activité économique, des sujétions d'exploitation. Les obligations sont exorbitantes et ne sauraient être assumées – et ne le sont pas - par des opérateurs classiques. L'objectif est d'offrir une base commune d'obligations, socle de la relation gestionnaire/usagers. Principalement, ce sont des obligations de *continuité*, *d'adaptabilité* (ou mutabilité), *d'égalité*, de *qualité du service*[283], *d'accessibilité financière*[284], « *ainsi que la protection des usagers et des consommateurs* »[285] qui s'ajoutent à l'activité économique du gestionnaire. La liste n'est pas exhaustive et dépend de la définition que chaque État membre retient des services qu'il organise. Ainsi, plus il y a d'obligations de service public, et plus la mission est empreinte d'intérêt général[286].

134. La responsabilité des missions particulières et des obligations de service public a un impact négatif sur l'équilibre économique du service à exploiter. Selon la définition donnée par le Règlement du 26 juin 1969 sur les obligations de service public en matière de transports[287], les obligations sont celles que « *si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions* »[288]. D'ailleurs, la construction de l'économie du service

---

[282] V. par exemple sur ce point : ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, L.G.D.J., 2015, p. 167 à 171 ; GUGLIELMI (G. J.), *Un service public universel ?*, Communication à la journée d'étude de la promotion « Doctrines/S » sur le thème « Objets et sujets universels », 29 octobre 2006, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 11 p.

[283] Voir notamment, BELORGEY (G.), *La qualité dans les services publics*, Paris : Berger-Levrault, coll. « Delta », Novembre 1989, 274 p. ; CANNAC (Y.), *La qualité des services publics*, Paris : La documentation française, coll. « Rapports officiels », Août 2004, 211 p. ; GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), *Droit du service public, préc.* ; CLUZEL (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », vol. 52, 2006, p. 569 et s. ; VOISSET (M.) , « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité des services publics », *R.F.D.A.*, 1999, p. 473.

[284] V. Code des postes et des communications électroniques, Art. L.1 : « *Le service universel postal concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire. Il est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale. Il garantit à tous les usagers, de manière permanente et sur l'ensemble du territoire national, des services postaux répondant à des normes de qualité déterminées. Ces services sont offerts à des prix abordables pour tous les utilisateurs.* ».

[285] Livre Blanc sur les services d'intérêt général, paragraphe 2.1.

[286] LE BERRE (C.), *L'analyse économique du service public*, *in Le service public*, Dalloz, 2013, p. 93 à 106.

[287] 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, en vigueur.

[288] *Ibid.*, Art. 2.

apparait souvent déséquilibrée puisque la question tarifaire est, tant la principale source de rémunération de l'exploitation que le principal objectif des sujétions imposées[289] et favorables aux usagers. La Cour de Justice a alors précisé, à l'occasion de la concession du service des postes, que « *des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires* » devaient être pratiqués et ce *« sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* »[290].

135. La jurisprudence *Altmark*[291] a apporté un cadre clair et stable pour l'octroi de compensations aux obligations de service public. Ces compensations, constitutives d'« *un avantage économique* », doivent être accordées lorsque « *la santé économique* »[292] de l'opérateur ne permet pas de maintenir l'exploitation du service sans intervention financière de l'autorité publique. Quatres conditions sont toutefois préalables pour que les compensations d'obligations de service public puissent échapper au dispositif des aides d'État : l'existence précise et définie de réelles obligations de service public ; une définition précise et transparente des conditions économiques de la compensation ; une évaluation financière stricte des obligations, sous réserve d'un bénéfice raisonnable, et qui n'entraine pas de surcompensations ; et enfin, une fixation de la compensation par un *benchmark* concurrentiel des coûts d'exploitation sauf lorsque le service a fait l'objet d'un contrat octroyé dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence[293].

136. Il se pose toutefois la question de l'applicabilité effective de ces règles européennes concernant le financement des services. Certains auteurs, dont le professeur M. KARPENSCHIF, n'hésitent pas à soulever les difficultés pour les collectivités à s'approprier les notions de « *coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public* », de « *bénéfice*

---

[289] « *Modernisation, performance et efficacité, prix et tarification sont des composantes de la qualité. De très nombreux textes communautaires font du moindre coût ou du prix abordable le critère de la qualité au point que l'on peut se demander parfois si la qualité n'est pas pour le droit communautaire principalement le prix* », VOISSET (M.), *préc.*.

[290] C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *préc*

[291] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-07747.

[292] concl. LÉGER (P.) sous *Altmark*, point 26.

[293] L'évaluation et la définition des compensations d'obligations de service public ont été par la suite affinées par les instances européennes. Par le « paquet Monti-Kroes », puis désormais le « paquet Almunia », le financement des SIEG est aujourd'hui encadré et simplifié. V. à ce sujet, KARPENSCHIF (M.), « Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », J.C.P.A., n°1, 9 Janvier 2012, 2006.

raisonnable » ou d'établir les « *paramètres incitatifs de calcul de la compensation* » »[294]. Or, cette difficulté technique dans l'appréhension du financement des obligations des services naturellement économiques, peut s'accroitre significativement lorsque, par extension, ces règles doivent s'imposer à la concession de services originellement considérés comme administratifs.

Paragraphe 2 - L'exclusion des services dits administratifs

137. L'équilibre économique de la concession dépend significativement des recettes espérées de l'exploitation du service donc de son potentiel économique. La nature économique ou non, marchande ou non du service, influe irréductiblement sur la potentialité des recettes. Cette potentialité de recettes constitue la valeur économique du service et de la concession. Elle se matérialise par le droit d'exploiter octroyé, et varie selon le risque supporté par le concessionnaire. Ce droit d'exploiter, éventuellement complété par un prix[295], doit permettre au concessionnaire sur la durée contractuelle, d'amortir les investissements avec un retour sur capitaux investis[296].

138. Or, les caractéristiques mêmes d'une activité non économique conduisent à l'exclure du champ des activités concédables. D'abord, ces activités se concilient mal avec le « droit d'exploiter », synonyme d'une recherche de revenus. Les activités régaliennes ou purement sociales[297], ne peuvent être financées que par les budgets publics ; ce qui est antinomique avec l'obligation de transfert, par la concession, du risque économique. Puis, ces activités non économiques sont aussi antinomiques avec la finalité recherchée par le concessionnaire. S'il est bien question de service d'intérêt général, le concessionnaire, opérateur économique, exploite le service seulement en cohérence avec son propre intérêt soit la recherche de lucrativité et de rentabilité. Telle n'est pas l'essence d'une activité qui n'est pas assurée dans les conditions normales du marché.

---

[294] KARPENSCHIF (M.), *préc.*

[295] Ord. n°2016-65 du 29 janv. 2016, Art. 5.

[296] D. n°2016-86 du 1er févr. 2016, Art. 6.

[297] Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », SWD(2013) 53 final/2, Point 27.

139. On constate pourtant une évolution dans la gestion concédée de ces services, notamment parce que le juge interne reste aujourd'hui attaché à la distinction S.P.I.C. et S.P.A., bien qu'il entende le syllogisme fonctionnel appliqué aux services en droit européen[298]. S'il reste constant que les activités régaliennes ne peuvent être concédées par les autorités publiques (A) ; il n'est pas impensable d'envisager la gestion concédée sur une partie de ces activités[299] (B).

A. L'impossibilité de concéder des services *administratifs*

140. Le domaine des services régaliens est, parce qu'il représente les qualités intrinsèques aux missions d'autorité, réservé aux seules personnes publiques. Bien que, dans le cadre de leur mission, les gestionnaires du service public puissent jouir de certaines prérogatives exorbitantes, les services régaliens et purement sociaux demeurent non concédables (1). Par ailleurs, c'est le modèle économique même de la concession qui est faiblement adaptable à l'exploitation de ces services (2).

1. L'exclusion de principe

141. Plusieurs catégories de services publics de nature administrative demeurent strictement exclues de toute concession à un tiers exploitant. Dans un avis de la Section de l'Intérieur du du 7 octobre 1986[300], le Conseil d'État a rappelé que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées* ». Seulement, pour être confié à un tiers, le service ne doit pas être « *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* ». On le voit, deux exceptions existent à la délégation des services publics de nature administrative : la nature du service et donc l'exercice direct des prérogatives d'autorité publique, ou la loi, qui peut restreindre la liberté

---

[298] V. *Supra*, T.C., 23 mars 2005, req. n°C3413, *Mme Alberti-Scott c. Commune de Tournefort*, *préc.*

[299] L'idée d'un service public à dimension économique est née dès la dichotomie SPA/SPIC établie. Là aussi depuis longtemps, la doctrine et le droit ont pris en compte la faillibilité de cette distinction puisque des SPA peuvent faire naître de réels bénéfices et des SPIC majoritairement des pertes. Le professeur BRACONNIER relève que « *la rentabilité de l'activité général ne peut (donc), à elle seule, caractériser le service public industriel et commercial* », BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, PUF,, 2ème éd., 2007, p. 202.

[300] Req. n°340609.

dans le choix de gestion des collectivités publiques en leur imposant d'assumer et d'assurer directement leurs missions[301].

142. Il en va ainsi des services publics régaliens qui, parce qu'ils sont l'expression même de la souveraineté, ne peuvent de quelconque façon être l'objet d'une dévolution. Alors, il est impossible de concéder toute mission relative au « *noyau dur* » [302] des services publics constitutionnels, telle que la Défense nationale, la Justice, ou encore l'établissement et le recouvrement de l'impôt. De même, les missions de surveillance des élèves pendant les heures de déjeuner à la cantine scolaire, relèvent du maire et ne peut faire l'objet de délégation à une entitée privée.

143. La question des pouvoirs de police est elle, aujourd'hui, plus contrastée. Traditionnellement, les pouvoirs de police sont exclus de la gestion déléguée. Ils sont l'exercice de la police adminstrative générale, exclusivement impartie aux autorités qui en sont dépositaires pour maintenir l'ordre public[303], et n'ont pas de valeur économique[304]. La jurisprudence *ville de Castelnaudary* a ainsi posé le principe que « *le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration* »[305]. Même chose pour les activités de police sur la voirie et pour le stationnement sur la voie publique. Si des contrats de concession de service de stationnement payant ont pu être validés[306], il a toujours été constant que l'infliction de contravention, la mise en fourrière, la perception des redevances de stationnement, voire même la mise à disposition du personnel municipal, aient été exclues des prérogatives du délégataire[307]. Toutefois, la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, a réformé l'article L.2333-87 du C.G.C.T., en ce que le

---

[301] Sont alors exclus les services qui ont une valeur économique mais qui n'ont pas vocation à être exploités par d'autres personnes que la personne publique elle-même ; *a contrario*, concl. JACOBS (M.F.G.) sur C.J.C.E., 10 janv. 2006, aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et Cassa di Risparmio di San Miniato SpA., Rec. C.J.C.E.*, p. I-00289.

[302] PEREON (P.), « La délégation des services publics administratifs », *préc.*

[303] Par exemple, pour l'échelon communal, C.G.C.T., Art. L.2212-2 et s.

[304] C.J.C.E., 19 janv. 1994, aff. C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-00043 ; C.J.C.E., 26 mars 2009, aff. C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-02207.

[305] C.E., Ass., 17 juin 1932, req. n°12045, *Ville de Castelnaudary*, *Leb.*, p. 595.

[306] C.E., 7 janv. 1976, req. n°92888, *Ville d'Amiens*, *Leb.*, p. 11.

[307] C.E., 1er avril 1994, req. n°144152, 144241, *Ville de Menton*, *Leb.*, p. 75.

« *montant de la redevance de stationnement réglée dès le début du stationnement, est notifié par un avis de paiement délivré soit par son apposition sur le véhicule concerné par un agent assermenté de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale, du syndicat mixte ou du tiers contractant désigné pour exercer cette mission* ». Il ne reste pas moins que l'équilibre économique des éventuelles concessions de service public ne saurait, de quelques manières que ce soit, être fondé sur une rémunération du concessionnaire par la récolte et l'encaissement de ces redevances de stationnement[308].

2. L'adaptabilité limitée de l'économie de la concession aux services administratifs

144. Bien que l'on puisse admettre en matière de délégation de service que *la liberté est la règle, l'incapacité l'exception*[309], il reste que les caractéristiques des services publics de nature administrative se concilient plus ou moins bien avec les exigences économiques des conventions de concession de service public. Le caractère fort d'intérêt général qui grève ces services publics supposent qu'il n'est pas *dans l'ordre des choses* qu'ils soient gérés par les opérateurs privés, hormis des associations agissant sans but lucratif[310]. En effet, la nature administrative suppose une mission sociale qui peut être en contradiction parfaite avec la recherche de rentabilité. Même, peut se poser la question de la source de rémunération puisque, si la gratuité des services publics n'est pas un principe, elle est très largement utilisée dans le cadre de ces services.

145. Ainsi, sous l'empire de la Loi MURCEF et des conventions de délégation de service public, il n'était pas permis de faire de distinction entre les services publics délégables. Cela a permis par le plus grand nombre, et à juste titre, que la loi en elle-même n'interdisait pas, et donc par cette voie, autorisait la délégation d'activités administratives[311]. De plus, la définition de la délégation de service public reposait sur « *une rémunération substantiellement liée aux*

---

[308] « *Tels que les textes sont rédigés le stationnement sur le domaine public ne devrait pas, en effet, être considéré comme la contrepartie de l'activité du délégataire. La contrepartie de son activité, qui a pour objet la gestion du stationnement payant, n'est que le bénéfice d'un accès facilité au stationnement, d'un meilleur partage de l'espace avec les autres automobilistes*. », DE GAUDEMAR (H.), « La dépénalisation du stationnement payant des véhicules sur la voie publique », *J.C.P.A.*, n°8, 24 Févr. 2014, 2055.

[309] Concl. JOSSE (P.), C.E., Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *préc.*

[310] C.E., 22 févr. 2007, req. n°264451, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.)*, *J.C.P.A.*, 2007, n°23, 2145, note GIUGLIEMI et KOUBI ; C.E., Sect., 6 avril 2007, req. n°284736, *Commune d'Aix-en-Provence*, *préc.*

[311] PEREON (P.), *préc.*

résultats d'exploitation »[312] ; et non une rémunération majoritairement fondée sur les résultats d'exploitation[313]. Les sujétions supportées, particulièrement dues par les tarifs, peuvent être compensées financièrement par le pouvoir adjudicateur et ce, quand bien même ces compensations seraient largement majoritaires dans les recettes du concessionnaire.

146. La directive 2014/23/UE et sa transposition en droit interne par l'ordonnance du 29 janvier 2016, définissent désormais ce qu'il faut appeler *concessions*[314]. Ce sont les conventions qui transfèrent totalement ou pour partie le risque économique dans la limite que ce risque ne soit pas « *purement nominal ou négligeable* »[315]. La durée du contrat est fixée en fonction de ce risque, afin de permettre de recouvrer son investissement et la rémunération du capital. Selon cette définition, l'équilibre économique de la concession ne peut se satisfaire des seules compensations d'obligations de service public. Le droit d'exploiter le service, éventuellement assorti d'un prix, doit être fondé sur des revenus d'activités rentables[316]. En aucun cas, le financement du service doit être entièrement garanti par le pouvoir adjudicateur. Or, l'absence de risque induit par la prise en charge financière des services publics administratifs est une problématique souvent soulevée[317], notamment dans le cadre de la restauration municipale et scolaire[318].

---

[312] C.G.C.T., Art. L1411-1.

[313] BERGEAL (C.), « Importance du critère de la rémunération dans la distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public », A.J.D.A., 1999, p. 714.

[314] Le terme de délégation de service public n'a pas pour autant disparu, C.G.C.T., Art. L.1411-1.

[315] Dir. 2014/23/UE, Art. 5.

[316] C.E., Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris, préc.*

[317] Cela a été l'exemple évident de la décision T.A. Nice, 23 sept. 2005, *Société Eurest c. Ville de Cannes*. Le professeur F. LLORENS concluait dans cette affaire que « *le tribunal administratif en déduit que la rémunération du co-contractant dépendait bien de manière substantielle des résultats de son exploitation du service, sans prendre toutefois la peine de préciser quelles étaient, au sein de cette rémunération, les parts respectives des redevances perçues auprès des usagers et des sommes versées par la ville au titre de la compensation des tarifs sociaux, ni prendre position sur le point de savoir si le concessionnaire supportait effectivement le risque de l'exploitation du service* », note dans *Contrats et Marchés publ.* n°12, Décembre 2005, comm. 309.

[318] « *nous pensons qu'un contrat prévoyant une rémunération majoritairement assurée par une redevance payée par les usagers, comme c'était le cas en ce qui concernait l'activité de restauration scolaire et municipale exercée par la société Eurest, peut fort bien être qualifié de marché public lorsque cette rémunération équivaut à un prix garanti au cocontractant, sans que ce dernier soit exposé au moindre risque pour la percevoir* », DIEU (F.), « Qualification de la gestion d'un service public communal de restauration collective : marché public ou DSP ? », *Contrats et Marchés publ.*, n° 3, Mars 2006, comm. 84.

B. La concession des activités économiques et opérationnelles rattachées aux services publics administratifs

147. Il est nécessaire, pour déléguer un service de nature administrative, de rechercher les activités qui puissent faire l'objet d'un contrat de gestion avec une entité tierce. La jurisprudence européenne a d'ailleurs toujours considéré que seules les missions portant sur l'exécution même de prérogatives de puissance publique devaient être analysées comme non économique, et en conséquence, ne pouvaient être l'objet d'une gestion par la sphère privée[319]. Pour déléguer, il faut alors mesurer le degré régalien de la mission[320]. Moins le service sera emprunt d'exorbitance, et plus il sera susceptible d'être considéré comme une activité économique, détachable des pouvoirs régaliens, et donc faire l'objet d'une concession (1). Toutefois, les personnes publiques doivent, lorsqu'elles concèdent la gestion d'une activité administrative, veiller à contrôler les mécanismes de rémunération du concessionnaire qui doit être sensiblement proportionné au risque subi. Car, en tout état de cause, la génération de recettes et de bénéfices n'est pas exclusive de la qualification de S.P.A[321], et donc du rattachement de ces services à la catégorie des activités économiques. D'ailleurs, plusieurs dérives de rentabilité sont identifiables en matière de service public administratif, le premier étant celui portant sur le service public routier (2).

1. La dévolution d'activités économiques connexes et détachables des prérogatives de puissance publique

148. Lorsque la loi n'impose pas strictement qu'une personne publique gère l'intégralité d'un service public, tout service public peut faire l'objet d'une délégation. Longtemps, la délégation d'activité purement administrative fut-elle mise de côté, notamment en raison du primat de la gestion publique sur les activités administratives[322]. Suite aux décisions

---

[319] « *Prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l' espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité* », C.J.C.E., 19 janv. 1994, *préc.*

[320] « (…) *le degré de la maîtrise publique sur le service public augmente avec la dimension régalienne du service public* », FOULQUIER (N.), ROLIN (F.), « Constitution et service public », *N.C.C.C.*, n°37, Octobre 2012.

[321] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, *préc.*, p. 268.

[322] CHEVALLIER (J.), *préc.*, p. 42 et s.

Établisements Vézia[323] et *Caisse primaire Aide et Protection*, l'intervention des personnes privées, y compris pour des services publics exclusivement sociaux[324], est devenue envisageable. Aujourd'hui, la modernisation de l'action publique a révolu ces considérations et les a même renversées. La gestion publique emprunte, au fur et à mesure, les techniques et objectifs de gestion ou de management des entreprises privées. Ainsi, dans le secteur hospitalier, la concession[325] à des établissements privés a même été considérée, à une époque, comme salutaire[326]. Les concessionnaires assument les missions de service public hospitalier[327] et se rémunèrent exclusivement sur l'exploitation de l'activité de soin de santé, ou via des activités qui lui sont accessoires[328].

149. De plus, par une circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, le Premier ministre reprenait la définition de l'activité économique qui « *recouvre, quel que soit le secteur d'activité, toute offre de biens ou de services sur un marché donné : — le fait que l'activité concernée puisse être de nature « sociale » n'est pas en soi suffisant pour faire exception à la qualification d'activité économique au sens du droit des aides d'Etat ;* (…) *— seules échappent à cette qualification les activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique ou certaines activités identifiées par la jurisprudence communautaire, comme les prestations d'enseignement public ou la gestion de régimes obligatoires d'assurance* ». Dès lors, tous les services sociaux d'intérêt général[329] peuvent, en principe, être considérés comme des activités économiques et faire l'objet d'une concession à un tiers exploitant[330].

---

[323] C.E., Ass., 20 déc. 1935, *préc.* ; C.E., Ass., 13 mai 1938, req. n°57302, *Caisse primaire « Aide et Protection » et Fauvel*, *Leb.*, p. 417.

[324] Dans l'affaire *Caisse primaire « Aide et protection » et Fauvel*, il s'agissait de la gestion par une personne privée de régime d'assurance sociale.

[325] C.S.P., Art. L.6161-9 et Art. R.6161-14 et s.

[326] « *L'absence d'intervention des pouvoirs publics avait entrainé, par ailleurs, un certain déséquilibre dans l'implantation territoriale des établissements hospitaliers, les établissements privés se multipliant dans les secteurs susceptibles de lerur assurer une clientèle suffisante, tandis que des zones entières demeuraient sous-équipées* », BETTINGER (C.), *préc.*, p. 39.

[327] L. n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *J.O.R.F.*, du 3 janvier 1971, p. 67.

[328] Il en va ainsi de la fourniture commerciale de moyen de télécommunications et de téléviseurs, la location d'emplacements de vente et de distribution, la location de chambres particulières, voire l'hébergement et l'accueil de personnes âgées dépendantes. Les concessions ont la particularité de ne pouvoir permettre un quelconque octroi de subventions d'équipement au concessionnaire.

[329] L'exemple d'une crèche : C.E., 20 janv. 1989, *C.C.A.S. de la Rochelle*, *A.J.D.A.*, 1989, p. 398, obs. PRETOT (X.).

[330] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*, p. 173 et s.

150. Enfin, bon nombre de services sont gérés par la voie de la délégation bien que ces services aient pour objet de satisfaire une mission de police. Ainsi, plusieurs conventions de concession ont pu être signées lorsqu'il était possible de dissocier l'activité même de police, des autres activités concourant au service[331]. Pour exemples, le service public de stationnement sur la voie publique[332] sans pouvoir de contravention ni d'encaissement des redevances ; le service des remontées mécaniques (qui constitue un S.P.I.C.) sauf la mission de surveillance des pistes et de réglementation ; le service de la restauration scolaire sauf la mission de surveillance des élèves[333].

2. L'exemple de la concession des autoroutes

151. Bien que la question ait pu se poser[334], les conventions d'exploitation et de construction des autoroutes sont, de manière constante par la jurisprudence[335], et dorénavant par la loi[336], reconnues être des concessions dont l'objet est la satisfaction de plusieurs missions de service public. Ces concessions de service public et de travaux publics[337] sont passées avec l'État, autorité compétente.

152. En outre, en concourant à la liberté d'aller et venir des citoyens et, en assurant des prestations pour leur bien-être et leur sécurité, les concessionnaires assument des missions d'intérêt général. Mieux, le juge a toujours considéré que le service assuré par le concessionnaire était de nature admnistrative : les concessionnaires d'autoroutes exploitent donc un service public admnistratif. En ce sens, le juge des conflits a pris le soin de faire la

---

[331] PETIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges Moreau*, Economica, 2002, p. 345

[332] V. *supra*, §2 A.1.

[333] Circulaire du 15 juin 1987 relative à l'organisation des administrations centrales et à la délégation de signature des ministres, *J.O.R.F.* du 17 juin 1987, p. 6457, NOR : PRMG8700036C.

[334] V. BETTINGER (C.), *préc.*, p. 55.

[335] Il a été permis d'en douter suite à un avis de la Section des travaux publics du Conseil d'État du 16 mars 2010 où le juge a pu, considérer que lorsqu'un contrat de concession d'autoroutes avait pour objet majoritaire la construction d'ouvrages et pour objet minoritaire le service public, alors ces contrats devaient être soumis aux règles des concessions de travaux publics ; C.E., Sect. T.P., 16 mars 2010, req. n°383668, Concessions - Modification de la consistance d'une concession - Article 61 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 - Dérogations aux règles de publicité et de mise en concurrence, *D. A.*, oct. 2011, n°10, comm. PROOT (P.). V. dans le même sens, T.C., 9 févr. 2015, req. n°3992, *Société Autoroutes du Sud de la France c. Garage des Pins*.

[336] C.V.R., Art. L.122-4 : « *L'usage des autoroutes est en principe gratuit.* (…) *En cas de délégation des missions du service public autoroutier, le péage couvre également la rémunération et l'amortissement des capitaux investis par le délégataire.* »

[337] Par ex., C.E., 14 févr. 1975, req. n^{os} 93132 93133, *Époux Merlin c. Société Esterel-Côte d'Azur*, *Leb.*, p. 110.

distinction entre nature administrative et activité économique. Dans l'affaire *EGTL c. Escota*, le juge reconnaît qu'« *une société concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute a pour activité l'exécution d'une mission de service public administratif* »[338], quand bien même les redevances pour service rendu tirées des droits à péages soient assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée. Car, pour le droit fiscal et en matière de T.V.A., seules les activités économiques sont assujetties[339].

153. Certes, le service public permet « *une circulation rapide des marchandises et des personnes* »[340], avec une forte dimension sécuritaire (panneaux, avertissements, aires de repos, éclairage), mais il est permis de douter de cette qualification tant les prestations accessoires (élémentaires et omniprésentes) du service public sont de nature commerciale : restauration, commerces, stations-services. Puis, c'est la qualification même de concession qui peut être contesté tant les droits à péages et leurs révisions, ainsi que les conditions dans lesquelles les travaux de construction/maintenance sont financés, permettent difficilement de conclure à un réel transfert de risque économique[341]. En illustre, les concessions d'autoroutes assimilées à des rentes économiques au profit des sociétés concessionnaires et au détriment des usagers et contribuables[342].

154. En réponse aux critiques ici faites – tirées des recommandations de la Cour des comptes[343] et de l'avis de l'Autorité de la concurrence – le législateur a introduit par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, des dispositions spécifiques aux concessions d'autoroutes. Ces dispositions ont pour objet de renforcer le contrôle de l'État sur les conventions actuelles et futures, notamment avec l'extension des missions de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER). De plus, la loi tend à règlementer plus précisément la liberté contractuelle des parties[344]. Ainsi,

---

338 T.C., 20 nov. 2006, req. n°3569, *EGTL c. Escota*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 849, note CHAID-NOURAÏ (L.) et CHAMPY (J.-L.).

339 C.G.I., Art. 256 A.

340 BETTINGER (C.), *préc.*, p. 55.

341 Cour des comptes, Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Juillet 2013.

342 V. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2.

343 *Préc.*

344 « *Le résultat est un abâtardissement du système concessif, dont la dimension contractuelle est fortement diminuée* », RICHER (L.), « Les concessions d'autoroutes dans la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », *CSP-DSP*, n°20, Octobre 2015, p. 18.

l'article L.122-4 du code de la voirie vient limiter les situations de rentabilité excessive en prévoyant la modulation des éléments de l'équilibre financier ou de l'évolution même de cet équilibre. Or, de récents avis de l'ARAFER montrent que l'objectif de régulation des concessions d'autoroute est à ses balbutiements, et que les excès de rentabilité issus des équilibres financiers sont doublement contingents : ils sont autant dus à l'opportunisme économique des sociétés concessionnaires, qu'à la posture tenue par l'autorité concédante lors des négociations[345].

155. Pour opérer le transfert de la gestion d'un service public par la concession, l'identification des missions du service est un préalable obligatoire et irréductible pour la personne publique. L'utilisation des qualificatifs de S.P.I.C. et de S.P.A. est encore fortement présente dans la jurisprudence, la lésiglation et la pratique, ce qui ne permet pas d'appréhender clairement le régime juridique applicable à l'exploitation.

156. Si de nombreuses études et guides[346] permettent aux collectivités publiques de s'extirper des pièges que la dichotomie S.P.I.C./S.P.A. tend à ces dernières, il demeure peu aisé d'appliquer les règles de la concurrence à des activités que l'on estime seulement admnistrative. Or, là est tout l'enjeu pour la gestion concédée des services publics. En fonction de la nature *économique* ou *non économique*, la personne publique sera plus ou moins contrainte de se désolidariser financièrement du service public, sous peine d'entraver l'équilibre économique des conventions et de fausser le jeu de la concurrence. Par exemple, bien que qualifié de S.P.A., ces services peuvent être des activités économiques, susceptibles d'être concédées, mais soumises aux règles du droit de la concurrence et des aides d'État. Mais, si des efforts dans l'acceptation et la compréhension des normes européennes ont été opérés, certains « *cavaliers* » juridiques demeurent en contradiction avec ces dernières. Tel est le cas du droit budgétaire interne qui interdit tout abondement des budgets locaux aux budgets des S.P.I.C.[347], sans pour autant prévoir une telle interdiction pour les S.P.A. qui sont

[345] V. ARAFER, Avis n°2017-049 à 2017-055 du 14 juin 2017.

[346] Pour la dernière en date, Instruction du 9 mai 2016 relative aux obligations de rapport sur l'application par les collectivités territoriales du droit de l'Union européenne relatif aux aides publiques octroyées aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), NOR : INTB1610190N.

[347] C.G.C.T., Art. L.2224-1.

qualifiables d'activités économiques[348]. Il est alors nécessaire d'appréhender toute concession de service public comme un transfert de gestion physique et économique, dont les conséquences financières et fiscales sont réelles. Certes le transfert de la gestion impute cette charge au concessionnaire, mais en tout état de cause, la personne publique en demeure responsable en cas de défaillance. Il est donc de la plus haute importance d'organiser et de contrôler le transfert économique afin de s'assurer de la bonne exécution des missions concédées.

Section 2 - Le transfert économique de la gestion

157. Pour mettre en œuvre la gestion concédée, les parties doivent opérer un transfert des différentes charges et responsabilités liées au service public. Le concessionnaire, maître de gestion et maître d'ouvrage, est amené à supporter les risques liés à la construction, la fourniture, mais aussi à l'utilisation des biens. Or, pour assumer ces responsabilités, le cahier des charges doit définir les biens dans le champ de la concession et répartir les droits et obligations[349] qui découlent de leur usage.

158. Cela passe nécessairement par la réalisation d'un inventaire exhaustif et précis, pour le suivi et le contrôle de la « vie » des biens. L'inventorisation du patrimoine transféré à la concession a ici quatre fonctions, chacune ayant leur importance dans la définition de l'équilibre économique. La première est d'identifier la qualité des biens pour connaitre le régime juridique qui leur est applicable. En identifiant les *biens de retour*, les *biens propres du concessionnaire*, et éventuellement ceux qui feront l'objet d'une reprise par la personne publique, les cocontractants apprécient l'affectation des biens au service public et leur utilité. La deuxième est une application comptable et fiscale. Le concédant doit être en mesure de suivre l'évolution de l'amortissement des biens et les échéances de leur renouvellement. Cela est d'autant plus nécessaire que, selon la durée du contrat, le concessionnaire peut appliquer aux biens de retour, un amortissement financier qui permet d'accélérer l'amortissement comptable et de recouvrer effectivement son investissement. La troisième est fondamentale

---

[348] Le professeur MESCHERIAKOFF a pu insister sur le fait que « *l'expression service public à caractère industriel et commercial mérite donc d'être conservée à condition d'y voir une facilité de langage et non une catégorie de services publics* », *Droit des services publics*, P.U.F., 2ème éd., 1997, p. 60.

[349] V. pour une étude à ce sujet, NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèques de droit public », t. 241, 2004, (402 p.).

car le contrôle de l'exécution de la concession par la personne publique s'appuie en premier lieu sur l'inventaire des biens[350]. En ce sens, la personne publique peut vérifier l'exactitude du patrimoine de la concession et son évolution par rapport à son transfert initial, notamment lorsque des modifications contractuelles ont eu lieu. Enfin, l'inventaire est le support de la fin de la concession, par lequel les parties règlent le sort des biens et, éventuellement, liquident les actifs et passifs résiduels de l'exploitation (**§1**).

159. Par ailleurs, le contrat doit prévoir précisément la charge économique transférée avec l'exploitation. Quant au patrimoine, le concessionnaire, gestionnaire et gardien des biens concédés, doit offrir aux usagers un service continue et sans risque. Il aura à s'assurer contre les dommages et conflits susceptibles d'intervenir avec chacun de ses interlocuteurs (usagers, sous-traitants). Quant au service, le caractère économique de l'activité suggère un assujettisement du gestionnaire à divers impôts. Par les clauses du contrat, il revient aux parties de négocier qui en sera le redevable. À cet égard, il n'est pas rare de voir un transfert total de la charge fiscale vers le concessionnaire, qu'il soit contribuable ou non (**§2**).

Paragraphe 1 - Le transfert patrimonial

160. Avant l'exploitation, les parties doivent convenir du contenu du patrimoine à transférer. Ce patrimoine résulte des besoins en équipement à construire ou fournir, complété par les apports immobilier et mobilier de chaque partie. Bien qu'elle apparaisse comme fastidieuse, cette étape fonde les bases de l'équilibre économique conventionnel. En ventilant les régimes de propriété et de responsabilités, les parties entendent contractualiser le droit exclusif de jouissance du concessionnaire.

161. Aussi, les parties établissent un inventaire de la concession pour identifier les régimes juridiques applicables aux différents biens, et leurs répercussions économiques (A). La répartition patrimoniale des biens[351] est dictée par le consensualisme. Si la jurisprudence est récemment venue éclairer les parties quant à la nature juridique des biens mis en concession,

---

[350] D. n°2016-86, du 1er févr. 2016, Art. 33, II, 1), c).

[351] C.E., Sect. 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, *Leb.*, p. 203 ; *A.J.D.A.*, 1956, p. 275, concl. LAURENT (M.). En l'absence d'un inventaire clair et précis, le juge du contrat se réfère à la volonté des parties en analysant les stipulations du cahier des charges de la concession.

les cahiers des charges[352] aboutissent, en pratique, à définir *les biens de retour*, *les biens de reprise*, et *les biens propres du concessionnaire*[353]. Les biens de retour sont ceux nécessaires – ou qui l'ont été[354] - au fonctionnement normal du service public. Ils sont réputés appartenir *ab initio* à la personne publique et doivent lui être transférés en fin de contrat sans indemnités[355]. Les biens de reprise, sont ceux qui sont utiles au service public et qui, en fonction de la volonté du concédant au terme de l'exploitation, seront soit acquis par la personne publique, soit retirés ou détruits par le concessionnaire sortant. Enfin, le concessionnaire peut apporter des biens propres qui lui appartiennent, et qui ne présentent qu'un intérêt relatif pour le service concédé[356].

162. En outre, l'inventaire favorise l'identification du régime financier applicable aux biens concédés. La personne publique, dans sa fonction de contrôle, doit s'assurer que chaque bien a été valorisé à sa juste valeur, et que le concessionnaire en jouit conformément à leur nature, à leur affectation, et à leur économie . De même, par l'inventaire, la personne publique peut procéder à un contrôle matériel des biens, constatant ainsi les évolutions du patrimoine et leur situation comptable (B).

A. L'inventaire, outil d'identification des régimes juridiques

163. Les biens de la concession sont de diverses natures et ne relèvent pas d'un régime juridique uniforme. Ils peuvent appartenir tant à la personne privée lorsqu'elle les a apporté au contrat[357] ; qu'à la personne publique lorsqu'elle les met à sa disposition[358] (1). L'attention

---

[352] DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, *Les obligations du cocontractant et de l'administration, les interventions de l'administration, l'incidence des faits nouveaux, la fin des contrats, le contentieux des contrats,* n°1508.

[353] Pour une première apparition de ces notions : C.E., 28 juin 1889, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, *Leb.* 1889, p.713, concl. ROMIEU (J.).

[354] C.E., 26 févr. 2016, req. n°384424, *syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense c. société de climatisation interurbaine de la Défense*, inédit ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 1645, note JANICOT (L.), LAFAIX (J.-F.).

[355] En la matière, l'indéfinition d'un bien emporte présomption de *bien de retour* « *si les parties ont eu essentiellement comme but de laisser à la disposition de l'autorité concédante en fin de concession les moyens matériels de continuer l'exploitation* », C.E., Sect. 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, *préc.*

[356] Ils peuvent être affectés à toute autre activité que le service public, C.E., 6 avril 1900, *Ville de Nantes*, *Leb.*, p. 271.

[357] T.A., Grenoble, 11 févr. 2000, req. n°97-3429, *S.A. Groupe Partouche*, *B.J.C.P.*, 2000, p.335 : Le juge administratif a pu conclure à l'irrégularité d'une procédure de mise en concurrence prévoyant que l'exploitation du service concédé sera réalisée sur le terrain d'un candidat à l'obtention du contrat. Ici, notre hypothèse est différente en ce que le concessionnaire peut disposer d'une réserve foncière qu'il a mis à disposition dans le cadre de son offre.

des concédants est à porter sur les biens qui sont affectés au service public. Ces derniers, s'ils sont indispensables ou nécessaires à l'exploitation, sont grevés de garanties conservatoires exorbitantes[359]. Le concessionnaire jouit alors d'un droit de propriété ou d'usage, limité aux seules actions possessoires[360] (2).

1. La ventilation conventionnelle des droits de propriété

164. La concession de service public s'exerce dans des conditions singulières de gestion du patrimoine. La présence d'un service d'intérêt général impose la protection des actifs sans lesquels, l'activité ne saurait être exploitée. Or, l'état patrimonial de la concession est contrasté dans la pratique. Il peut générer des amalgames entre les parties et confondre les droits de propriété de chacun sur les biens. Cela est d'autant plus vrai que la définition des biens de retour n'exclut pas, en réalité, les hypothèses de propriété privée du concessionnaire sur ces biens.

165. En théorie, les biens de retour sont réputés appartenir *ab initio* à la personne publique. L'article L.2211-1 du C.G.P.P.P. dispose que ces biens sont « *affectés à l'usage direct du public* » et « *affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ». Il y a là plusieurs situations. La premère, évidente, concerne les cas où la personne publique concédante apporte à la concession un bien déjà classé dans le domaine public. La deuxième est celle où la personne publique inclut un de ses biens immobiliers de son domaine privé dans la concession. C'est le cas d'une réserve foncière de la collectivité, bien du domaine

---

[358] C.E., 11 mai 2016, req. n°390118, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Leb.*, p. 162.

[359] GAUDEMET (Y.), *Les biens de retour : la propriété passe avant l'affectation, in* BIENVENU (J.-J.) (dir.), *À propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, p.633.

[360] Dans une affaire de la Cour de cassion du 5 novembre 1867, le juge a employé cette formule pour les concessions de chemin de fer. En ce sens, « *si les Compagnies ne sont pas propriétaires des voies qui leur ont été concédées, et si leur possession est précaire par rapport a l'Etat, on ne saurait contester qu'elles n'aient reçu de l'Etat le droit, de les exploiter à leur profit et qu'elles ne soient chargées de veiller, sous leur propre responsabilité, à la conservation de tout ce qui forme l'objet de la concession; que ce droit et cette obligation impliquent le pouvoir d'exercer les actions possessoires, qui sont essentiellement des actes conservatoires et d'administration* », C. cass., 5 nov. 1867, *Clertan*, *S.*, 1867.1.417. V. aussi, C.E., 25 mai 1906, *Min. du commerce c. Chemins de fer d'Orléans*, *S.*, 1938.3.65., note HAURIOU (M.).

privé[361] qui, une fois affectée au service public est reclassée dans le domaine public. Car, de fait, le bien n'est plus une réserve, mais un terrain bâti ou à bâtir nécessaire à la réalisation du service public[362]. Une troisième situation est envisageable si le concessionnaire est chargé d'acquérir et de construire les biens nécessaires au service public. Considérés comme des biens de retour, ils sont réputés appartenir dès leur acquisition ou achèvement au concédant même s'ils sont financés par le concessionnaire[363]. De la sorte, les biens immobiliers, ou les biens mobiliers qui forment « *un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public* »[364], relèvent du droit public. Plus globalement, ce sont tous les biens qui « *constituent un accessoire indissociable* »[365] qui doivent respecter le régime exorbitant de droit public. D'ailleurs, les biens affectés au service public, sont réputés appartenir au domaine public, lorsque les parties n'ont pas définis de manière claire et précise, leur statut[366].

166. Pour autant, il serait restrictif et erroné de rapprocher les biens de retour aux seuls biens appartenant *ab initio* à la personne publique et, *in fine,* classés au domaine public de celle-ci. En réalité, il n'est pas rare[367] de voir que de tels biens soient la propriété privée du concessionnaire. C'est l'exemple récurrent dans les services des remontées mécaniques, pour lesquels l'article L.342-20 du code du tourisme prévoit une servitude légale lorsque des propriétés privées sont mobilisées pour un service public[368]. En ce sens, le Conseil d'État a rappelé que « *s'agissant d'un équipement privé installé sur une propriété privée, la personne*

---

[361] C.G.P.P.P, art. L.2211-1.

[362] V. DACOSTA (B.), *R.F.D.A.*, 2013, *préc.*

[363] C.E., 5 mai 1958, *Secrétariat d'État aux finances*, *C.J.E.G.*, 1960, p. 71, note A.C.

[364] C.G.P.P.P, art. L.2211-1, al. 2.

[365] C.G.P.P.P, art. L.2211-2.

[366] C.E., 21 avril 1997, req. n°147602, *Ministre du Budget c. Société Sagifa*, *Dr. adm..*, oct. 1997, n°316, p. 15, note LAVIALLE (C.).

[367] C.E., Avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *B.J.C.P.*, 2006, n°45, p. 107 ; *A.J.D.A.*, 10 juillet 2006, études SYMCHOWICZ (N.) et PROOT (P.) ; V. aussi, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, HOEPFFNER (H.) ; LOGEAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Thèse, université Rennes I, 2009, dir. PETIT (J.), 1 vol., publiée, Paris : L'Harmatan, coll. « Logiques Juridiques », 2009, p.14 ;

[368] « *une servitude destinée à assurer le passage, l'aménagement et l'équipement des pistes de ski et des sites nordiques destinés à accueillir des loisirs de neige non motorisés organisés, le survol des terrains où doivent être implantées des remontées mécaniques, l'implantation des supports de lignes dont l'emprise au sol est inférieure à quatre mètres carrés, le passage des pistes de montée, les accès nécessaires à l'implantation, l'entretien et la protection des pistes et des installations de remontée mécanique, et, lorsque la situation géographique le nécessite, les accès aux sites d'alpinisme, d'escalade en zone de montagne et de sports de nature* (…) *ainsi que les accès aux refuges de montagne.* », Code du tourisme, art. L.342-20.

publique responsable du service des remontées mécaniques ne peut en prendre possession, hors accord amiable, qu'en mettant en œuvre la procédure d'expropriation »[369]. Dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, le juge du contrat a même relevé que les dispositions de la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne[370] « *ne subordonnent pas la passation d'une convention d'exploitation de remontées mécaniques à la condition que la collectivité se rende préalablement propriétaire, à l'amiable ou par voie forcée, des remontées existantes* »[371]. Ici, c'est la convention qui prévoyait, pour garantir la continuité du service, une faculté pour la personne publique de reprendre les biens en fin de concession sans opposition du concessionnaire[372].

167. Ce schéma de propriété n'est pas réservé aux seules remontées mécaniques[373]. Souvent, les parties doivent s'entendre[374] sur la nature des biens, particulièrement lorsque le concessionnaire en apporte un dont il est à l'origine propriétaire[375]. Pour le rapporteur public B. DACOSTA[376], si les biens apportés par la personne publique sont insusceptibles d'appropriation privée, les biens nécessaires au service public établis sur une propriété privée[377] peuvent y demeurer temporairement, si leur affectation au service public est maintenue et s'ils reveniennent « *gratuitement au concédant, à la seule réserve de*

---

[369] C.E., Avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *préc.* ; V. aussi, YOLKA (P.), *La propriété publique. Eléments pour une théorie,* Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997, p. 539.

[370] L. n°85-30 du 9 janv. 1985, *J.O.R.F.* du 10 janv. 1985, p. 320. Cette loi définit le service des remontées mécaniques comme un service public industriel et commercial devant faire l'objet d'une convention de délégation de service public pour son exploitation.

[371] C.A.A. Lyon, 16 févr. 2012, req. n°10LY02315, *Société Télépente des Gets*, *Contrats et Marchés publ.*, n°4, Avril 2012, comm. 118.

[372] Ce qui pousse certains auteurs à considérer que la libre appréciation des parties au contrat peut altérer les caractéristiques des biens de retour : v. MOLLION (G.), « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour », A.J.D.A., 2011, p. 363.

[373] On le voit aussi de manière notable dans les concessions d'électricité et le transport par ligne à haute tension. Les biens édifiés nécessaires au service public sont très principalement sur des terrains d'assiette privée, n'appartenant ni au concédant, ni au concessionnaire. Le concessionnaire bénéficie alors de servitudes légales pour l'usage des terrains pour lesquels il doit verser une contrepartie, v. C. énergie, Art. L.323-4 et s.

[374] C.E., Sect. 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai*, *préc.*

[375] SESTIER (J.-F.), « Les biens de retour, entre liberté contractuelle et encadrement aménagé », *CP-ACCP*, 2013, p. 79 à 82.

[376] C.E., Ass., 21 déc. 2012, req. n°342788, *ERDF c. Commune de Douai*, *Contrats et Marchés publ.*, n°7, Juillet 2013, étude n°7.

[377] « *Ils peuvent en effet être édifiés sur la propriété privée du concessionnaire ou d'un tiers, sur un terrain privé loué par la personne publique, sur le domaine privé du concédant ou encore sur le domaine privé d'une autre collectivité ; ils peuvent avoir également le caractère de biens mobiliers.* », DACOSTA (B.), *R.F.D.A.*, 2013, *préc.*

l'indemnisation des investissements non amortis »[378]. *A contrario*, pour les « *biens qui n'ont pas été remis par le délégant au délégataire en vue de leur gestion par celui-ci et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service* public » le régime juridique est celui de droit commun[379], sauf à ce « *que les parties n'en disposent autrement* ».

168. En découle une réduction du régime patrimonial alors applicable. Les biens sont soit des biens de retour, soit des biens propres. Seuls les biens de retour se voient appliqués des servitudes administratives, garanties du bon fonctionnement de l'exploitation.

2. Les restrictions patrimoniales pour la sauvegarde de l'intérêt général

169. En qualifiant les biens, les parties règlent les droits économiques qui résulteront de leur gestion par le concessionnaire. Les propriétés privées du concessionnaire sont, en tout état de cause, des biens valorisables et librement cessibles. Ils sont mobilisables pour constituer des sûretés réelles auprès d'établissements financiers. Les propriétés dans le domaine public ou les propriétés privées « protégées »[380] sont, elles, astreintes à un régime exorbitant et protecteur. Les biens sont incessibles[381], et ce quelque soit la forme de la cession[382].

170. Ce régime, justifié par l'obligation de continuité du service public, ainsi que d'inaltérabilité du domaine public, se concilie assez mal avec les intérêts financiers induits par le recours à une concession de service public. Pour le cocontractant, c'est l'impossibilité de recourir à des facilités financières auxquelles il aurait pu prétendre si l'investissement portait sur des biens privés. L'emprunt, sans constitution de droits et sûretés réelles sur le patrimoine de la concession, devient très fortement compromis ou bien plus onéreux. Or, rappelons que

---

[378] *Ibid*.

[379] C.E., 21 avril 1997, req. n°147602, *Ministre du Budget c. Société Sagifa*, *préc.*

[380] « *sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée* », C.E., Ass., 21 déc. 2012, *préc.*

[381] Le bien ne peut être cédé sauf à ce qu'il ne soit plus nécessaire au service, V. Cons. constit., 21 juill. 1994, déc. n° 94-346 D.C., loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *A.J.D.A.*, 1994. 786, note GONDOUIN (G.) ; *D.*, 1995.347, obs. PINI (J.) ; *R.D.I.,* 1994. 427, obs. AUBY (J.-B.) et MAUGÜÉ (C.) ; *R.F.D.A.*, 1994, p.1106, étude LAVIALLE (C.) ; *R.T.D. civ.,* 1995. 656, obs. ZENATI (F.) ; Cons. constit., 23 juill. 1996, déc. n° 96-380 D.C., loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, *A.J.D.A.,* 1996, p.694, note SCHRAMECK (O.) ; *D.*, 1998, p. 151 , obs. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) ; *R.F.D.A.*, 1996, p.909, étude CHEVALLIER (J.) ; p. 1124, note LAVIALLE (C.).; Cons. constit., 14 avr. 2005, déc. n° 2005-513 D.C., *loi relative aux aéroports*, *A.J.D.A.*, 2006.178, étude FATÔME (E.).

[382] C.G.P.P.P., Art L.3111-1.

les concessions, à l'instar de tout projet public faisant appel aux fonds privés, est soumis à un impératif de « bancabilité »[383]. L'incessibilité ou l'inaliénabilité[384] des biens nécessaires au service public, sont autant un frein à la valorisation de ces biens, qu'à leur financement.

171. Pour trancher ce choix cornélien, le législateur a introduit des mécanismes financiers qui autorisent les occupants du domaine public, à jouir de droits réels[385]. Ainsi, par l'autorisation d'occupation temporaire[386], ou par le bail emphytéotique administratif[387], les ouvrages sur le domaine public « *sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué* »[388].

172. Toutefois, si l'investisseur peut recourir aux mécanismes de l'hypothèque et du crédit-bail[389], il demeure astreint à plusieurs contraintes. D'abord, les « *utilisations privatives doivent au minimum rester compatibles avec l'affectation et doivent au maximum leur être conforme* »[390]. Ainsi, c'est au cahier des charges de la concession que les conditions dans lesquelles les « *exigences* »[391] ou « *nécessités* »[392] du service public seront respectées[393] doivent figurer.

---

[383] CUCHE (P.), LEQUIEN (M.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Dr. adm*, n°12, 2004, étude 22. ; BOUILLON (J.), « Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », *B.J.C.P.*, 2012, p. 79-85.

[384] V. DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, université Panthéon-Assas, Paris, dir. BIENVENU (J.-J.), 2 vol. (637 f.).

[385] C.G.P.P.P., art. L.2122-6 ; C.G.C.T., art. L.1311-5.

[386] « *Le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.* », C.G.P.P.P., art. L.2122-8.

[387] C.R.P.M, art. L.451-1 : les baux emphytéotiques sont conclus pour une période comprise entre 18 et 99 ans. Dès lors, ils ne sont possibles que pour les concessions d'une durée équivalente.

[388] C.G.C.T., art. L.1311-3.

[389]Par exemple, les contrats de crédit-bail dit SOFERGIE dans les secteurs de l'environnement de l'énergie. C'est par ce mode de financement que la concession relative à la construction et à l'exploitation d'une Usine d'Incinération située à Rillieux-la-Pape, a été réalisée. Traité de concession entre la Communauté urbaine de Lyon et la société COFRETH en date du 20 septembre 1985.

[390] SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse, université d'Orléans, 2012, dir. NICINSKI (S.), p. 300.

[391] C.G.C.T., art. L.1311-3.

[392] C.G.P.P.P., art. L.2122-11.

Nécessairement, ces exigences sont liées à l'aménagement de garanties pour la continuité du service public et pour l'accès permanent des usagers à l'ouvrage concerné. En pratique, il est fait interdiction au bénéficaire de l'occupation de céder son droit réel à un tiers preneur sans agrément préalable de la collectivité concédante[394]. Le projet de cession peut cependant faire l'objet d'un agrément de la collectivité si cette dernière valide les capacités du cessionnaire à assurer le service public.

173. Une autre contrainte est liée à la portée limitée de la garantie financière accordée aux créanciers du concessionnaire. Que cela soit dans la durée du droit[395], ou pour son application[396], les créanciers ne peuvent mettre en péril la continuité du service public. Dès lors, les biens érigés sur le domaine public et « *dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté* »[397] retournent dans le patrimoine public, gratuitement et libérés de toute sûreté. Si ce retour est anticipé à la suite du retrait de l'autorisation d'occupation[398] pour faute, le concessionnaire fautif n'a droit à aucune indemnisation, et le/les créanciers hypothécaires perdent leur droit[399]. D'ailleurs, si le juge civil a toujours considéré que les biens propres d'un concessionnaire pouvaient être saisis pour éteindre les dettes contractées

---

[393] Cette exigence est reprise lorsque la concession est réalisée sous la forme d'un B.E.A. financée par un crédit-bail, C.G.C.T., art. L.1311-3, 5°.

[394] « *La collectivité publique régulatrice des propriétés publiques reste responsable, non plus des propriétés, mais de l'affectation et que donc ces propriétaires, notamment dans leur faculté d'aliéner, se trouvent limités par un contrôle de la personne publique de tutelle de l'État, qui veille à ce que l'affectation soit préservée, ne soit pas entravée par ces opérations de substitution. On substitue à l'inaliénabilité une aliénabilité sous conditions d'un contrôle public du respect de l'affectation* », GAUDEMET (Y.),

[395] La garantie ne peut excéder la durée contractuelle.

[396] Les biens publics demeurent insaisissables, C. cass., Civ. 1ère, 21 déc. 1987, req. n°86-14167, *Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM)*, *Bull. civ.* I ; *C.J.E.G.*, 1988.107, note RICHER (L.) ; *R.F.D.A.*, 1988.771, concl. CHARBONNIER et note PACTEAU ; *G.D.D.A.B.*, n°75.

[397] C.G.P.P.P., art. L.2122-9 ; C.G.C.T., art. L.1311-7.

[398] Ou du bail emphytéotique administratif.

[399] C.G.P.P.P., art. L.2122-9. Le créancier peut néanmoins recourir à la subrogation du concessionaire par un tiers exploitant, v. *infra*, la technique du "step-in".

pour les besoins du service public[400], les propriétés privées nécessaires au service sont insusceptibles de saisie judiciaire[401]. Cette situation demeure cependant extrême, et limitée aux hypothèses où la collectivité n'a pas usé de sa faculté de reprise[402].

174. En parallèle, le concessionnaire jouit d'une plus grande liberté dans la gestion du patrimoine mobilier. Bien que nécessaires au service public ces biens, éléments du domaine privé[403], sont alinéables et ce, même s'ils sont grevés de garanties conservatoires[404]. Un exemple récent en démontre d'ailleurs la portée. Dans un arrêt d'appel de la Cour administrative d'appel de Lyon, le juge a eu l'occasion de confirmer qu'en l'absence de stipulation inverse, les quotas d'émission de gaz à effet de serre ne sont pas *ab initio* des biens de retour et ce, bien qu'ils soient indispensables au fonctionnement du service public de chauffage urbain. Leur cession par le concessionnaire prorpriétaire ne donne pas lieu à une autorisation préalable du concédant et ce dernier n'a pas à en rétrocéder le prix reçu à la personne publique[405].

B. L'inventaire, outil du contrôle de l'exploitation

175. Initialement, l'inventaire des biens de la concession est conçu comme un document d'information qui compose le rapport annuel d'exploitation du concessionnaire[406]. Malgré sa force obligatoire, cet inventaire est souvent lettre morte dans les contrats[407] ou peu révélateur de la réalité[408]. Pour responsabiliser les personnes publiques dans le contrôle de leur

---

[400] C.A. Paris, 22 déc. 1948, *J.C.P.G.*, 1949, II, 4729 ; C.A. Aix-en-Provence, 30 nov. 1949, *J.C.P.G.*, 1950, II, 5245 *bis*, notes LAUVAU ; C. cass. 2e civ., 15 nov. 1995, req. n° 93-13.262, *Cusset* : *JurisData* n° 1995-003152 ; *Bull. civ.,* 1995, II, n° 284 ; *Dr. adm.,* 1996, chron. 11, MOYSAN (H.) ; *R.D.I.*, 1996, p. 359, chron. MAUGÜÉ et AUBY.

[401] Voir par analogie pour des biens publics : C.E., 18 nov. 2005, req. n°271898, *Société fermière du Campoloro*, *Leb.*, p. 515, *A.J.D.A.*, 2006, p. 137, chron. LANDAIS et LENICA ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 1218, étude CASSIA ; *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 20, note PIETRI ; *Dr. adm*., 2006, comm. 33, note GUETTIER ; *G.D.D.A.B.*, n°88.

[402] « (…) *la collectivité territoriale a la faculté de se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables. Elle peut également autoriser la cession* », C.G.C.T., art. L1311-3.

[403] C.G.C.T., art. L. 2211-1.

[404] Par exemple des véhicules de transport de voyageurs : C.E., 11 mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, *Rev. concessions*, 1929, p. 34 ; ou par voie ferrée : T.A. Paris, 3 mars 1981, *SNCF, Leb.*, p.519.

[405] C.A.A. Lyon, 23 juin 2016, req. n°15LY03127, *Commune de Valence c. Société Omnitherm*, *inédit.*

[406] Art.33, D. n°2016-86, qui abroge et remplace l'article R.1411-7 C.G.C.T.

[407] V. C.D.C., *La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes*, Rapport public annuel, févr. 2011, p. 521 à 524.

[408] C.R.C. Provence-Alpes-Côte d'Azur, avis, 13 févr. 2014 ; *J.C.P.A.*, n°48, 1er Décembre 2014, 2336, comm. VILA (J.-B.).

patrimoine concédé, le juge a instauré un « droit d'inventaire » [409] dont la portée dépasse celui acquis dans le rapport annuel. Par cette photographie patrimoniale[410], accessible à tout moment de l'exécution, la collectivité concédante doit être en mesure de contrôler la valeur économique des mises à disposition accordées au gestionnaire (1). Une fois cet inventaire établi, il doit assurer une vision comptable et financière de l'état des biens à chaque instant de l'exécution (2).

1. Le contrôle de la valeur économique de l'utilisation des propriétés publiques

176. L'apport de biens publics dans le cadre de la concession suppose une contrepartie financière de la part du concessionnaire. Ces biens, mis à la disposition du gestionnaire, sont un avantage économique puisqu'ils favorisent le financement et le démarrage de l'exploitation. Selon l'inventaire établi, la collectivité est en droit (ou en obligation) d'exiger une redevance d'occupation privative. Concernant l'occupation ou l'utilisation privative des biens du domaine privé, la situation ne souffre d'aucune difficulté. La personne publique est soumise au droit commun[411] et a l'opportunité[412] de demander ou non, une contrepartie pour la location des biens[413]. Il reste que cette liberté de la personne publique est encadrée par l'interdiction générale pour les personnes publiques de consentir des libéralités sur leur patrimoine qui vaut tant sur les cessions que sur les locations de biens[414]. S'il s'agit d'une

---

[409] « *le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement* », C.E., Ass., 21 déc. 2012, req. n°342788, *ERDF c. Commune de Douai*, *préc.*

[410] RAYMUNDIE (O.), « Le rôle de l'inventaire des biens lors des opérations de liquidation », *A.C.C.P.*, n°115, novembre 2011.

[411] « *Le domaine privé est traditionnellement assimilé à une propriété ordinaire, dont la gestion constitue une activité privée de l'administration »*, YOLKA (P.), *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997, p. 537.

[412] « *De manière générale, la valorisation des biens privés des personnes publiques est soumise à moins de contraintes que celle du domaine public* », SAUVE (J.-M.), *La valorisation économique des propriétés publiques*, *préc.*

[413] V. « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *R.F.D.A.*, 2003, p.1110, note BOURRACHOT (F.).

[414] V. YOLKA (P.), « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt Commune de Fougerolles – Conseil d'État 25 novembre 2009», *A.J.D.A.*, 2010, p.51 ; C.E, 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'est*, *D.* 1894, p. 119, concl. ROMIEU (J.) ; Cons. constit., 26 juin 1986, déc. n°86-207 D.C., Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social dite loi de « *Privatisations* », *Rec. Cons. constit.* , p. 61.

; C.E., 3 nov. 1997, req. n°169473, *Commune de Fougerolles*, *Leb.*, p. 391 ; C.E., 14 octobre 2015, req. n° 375577, *Commune de Châtillon-sur-Seine*, *Leb.*

mise à disposition de biens loués par la personne publique[415], l'absence de contrepartie est une perte financière directe pour elle, constitutive d'une aide publique[416], sauf à ce que le concessionnaire agisse en faveur du service public. Or, force et de constater que le concessionnaire se voit régulièrement autorisé à poursuivre ses intérêts propres, notamment pour s'assurer de revenus supplémentaires. L'intérêt financier prime, ici, l'intérêt général[417].

177. Pour la mise à disposition de biens du domaine public, la règle est plus claire et plus contraignante. Ainsi, que les biens appartiennent *ex ante* au domaine public ou qu'ils y aient été incorporés *ex post*, le concessionnaire doit jouir d'un titre d'occupation lui permettant d'en user de manière privative[418]. Cette obligation légale[419] se confond, en pratique, avec le contrat de concession. L'obtention du contrat vaut occupation tacite d'occupation du domaine public[420]. Or, l'impératif de sécurité juridique[421] impose et ce, pour plusieurs raisons, que l'acte d'autorisation soit explicitement stipulé dans les clauses du contrat[422].

---

[415] V. point 39 *in* CHAMARD-HEIM (C.), « Les personnes publiques locataires », *J.C.P.A.*, n°17, 30 Avril 2012, 2139.

[416] Dans la poursuite du service public, l'absence de redevance revêtirait le caractère d'une compensation d'obligations de service public selon les critères posés par la jurisprudence européenne. C.J.C.E., 24 juil. 2003, affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. C.J.C.E.* 2003 p. I-07747. V. *Infra*.

[417] GAUDEMET (Y.), « Qu'est-ce qu'une subvention publique ? », R.J.E.P., juillet-août 2011, p. 1 ; « Constitution et biens publics », *N.C.C.C.*, n°37, octobre 2012.

[418] Il s'agit « *de droit exclusif de jouissance* », C.E., 25 mai 1906, *Ministre du Commerce c. Chemins de fer d'Orléans*, *S.* 1908, 3.65, note HAURIOU (M.).

[419] C.G.P.P.P., Art. L.2122-1.

[420] De même pour les contrats de partenariat, « *lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.* », Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, art. 13.

[421] *« La volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme* », C.E., 23 mai 2011, req. n°328525, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense (EPAD)*, *J.C.P.A.*, 2011, act. 406.

[422] C.E., 21 mars 2003, req. n°189191, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (SIPPEREC)*, *Leb.*, p. 144 ; *G.D.D.A.B.*, n°48. Il est à remarquer que si la concession englobe des parcelles n'appartenant pas à la collectivité concédante, l'autorisation d'occupation doit être distincte de la convention. Il en va ainsi par exemple des concessions d'infrastructures de réseaux (électricité, eau et assainissement, fibre optique, ferroviaire, etc.) qui peuvent, sous-sol ou hors sol, traverser plusieurs terrains et plusieurs collectivités.

178. D'abord, les collectivités qui autorisent l'occupation du domaine public doivent, en application de l'article L.2125-1 C.G.P.P.P., fixer une contrepartie financière, la redevance pour occupation privative[423]. Elle est calculée « *en tenant compte des avantages de toute nature qu'elle procure à son bénéficiaire et, le cas échéant, à titre indicatif, de sa valeur locative* »[424]. La gratuité des autorisations est limitée. Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public pouvait être délivrée gratuitement dans cinq hypothèses : un service public gratuit pour tous ; une occupation dont l'objet est la conservation du patrimoine ; une occupation qui concourt à la réalisation des missions régaliennes de l'État ; pour l'exécution de travaux relatifs à une infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé ; et enfin, lorsque le bénéficiaire est une association à but non lucratif qui concourt à la satisfaction de l'intérêt général. L'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a synthétisé la question dans un nouvel article L.2125-1. Désormais, le montant de la redevance doit être fixé en « *fonction de l'économie générale du contrat* » dans lequel l'autorisation d'occupation domaniale s'insère. La gratuité n'est alors en principe réservée qu'aux seuls contrats qui s'exécutent « *au seul profit de la personne publique* ». Telle n'est pas la caracéristique des contrats de concession[425].

179. La valeur de la redevance n'est pas à négliger tant le contrôle juridictionnel est, à ce sujet, de plus en plus complet[426]. Par exemple, le juge a considéré que le taux d'une redevance

---

[423] Cette obligation vaut aussi pour les B.E.A. car, en l'absence de dispositions légales sur ce point, le droit applicable est celui des titres portant occupation privative du domaine public.

[424] C.G.P.P.P., art. L.2125-3 ; C.A.A. Lyon, 12 juillet 2007, req. n°06LY02107, *Ville de Lyon c. SASP Olympique Lyonnais*, *A.J.D.A.*, 10 décembre 2007, p.2312-2313.

[425] V. *Supra*, Introduction, §1.

[426] « *Considérant que cette formule ne tient compte que des recettes de billetterie, mais pas des autres ressources mentionnées* (« *Les avantages tirés de l'occupation d'un complexe sportif s'apprécient notamment au regard des recettes tirées de son utilisation telles que la vente des places et des produits dérivés aux spectateurs, la location des emplacements publicitaires et des charges que la collectivité publique supporte telles que les amortissements, l'entretien et la maintenance calculées au prorata de l'utilisation d'un tel équipement* »); *qu'il n'est ni établi, ni même allégué, que les ressources issues d'autres postes que la billetterie seraient si minimes que leur absence de prise en compte serait sans incidence sur la légalité de la redevance au regard des dispositions précitées de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques ; que, par suite, il ne ressort pas des pièces du dossier que le montant de la redevance aurait été établi en considération des avantages de toute nature procurés à la société Grenoble Foot 38 et serait représentatif de ces avantages conformément à ces dispositions »*, C.A.A. Lyon, 28 févr. 2013, req. n°12LY00820, *Communauté d'agglomération Grenoble Alpes Métropole*, *J.C.P.A.*, n°23, 3 Juin 2013, 2165, concl. VINET (C.).

d'occupation domaniale était sous-évalué, si la redevance n'incluait pas toutes les recettes potentielles d'une activité culturelle[427]. Malgré ce contrôle, nombre de titres d'occupation domaniale sont calculées *a minima*[428] voire sont accordées à titre gratuit[429]. Retranscrit dans l'équilibre économique du contrat, il s'agit d'un abandon de créance dont la pertinence n'est pas systématique, particulièrement lorsque l'exploitation est fortement rentable.

180. Puis, une insertion au contrat a le mérite de clarifier la situation du concessionnaire vis-à-vis des redevances contractuelles[430]. L'absence de distinction des redevances à verser à la collectivité favorise la confusion entre redevances dont toutes n'ont ni la même portée, ni le même objet[431]. De plus, le traitement fiscal des redevances contractuelles n'est pas strictement identique. Seules les redevances émises dans l'exercice d'une fonction d'autorité publique sont exclues du champ de la taxe sur la valeur ajoutée. En font parties les redevances pour frais de suivi ou de contrôle, et les redevances d'occupation du domaine public dès lors qu'elles ne sont pas la contrepartie directe d'un service rendu[432]. En ce sens, et quelle que soit la dénomination, lorsque l'objet de la redevance est la mise à disposition de biens, alors la

---

[427] T.A. Paris, 28 févr. 2013, req. n°1200787/7, *Association du quartier du Parc des Princes pour la sauvegarde de ses caractéristiques et association Boulogne patrimoine* : « *que même en incluant le montant des sommes dont pouvait en outre bénéficier la ville de Paris au titre de la taxe sur les spectacles et les retombées économiques indirectes résultant de l'organisation des internationaux de France de tennis, ce taux de redevance était ainsi déjà nettement sous-évalué* »

[428] « *Cette redevance est généralement révisable annuellement dans les mêmes conditions que les tarifs du stationnement, mais son niveau ne fait usuellement pas l'objet d'une consultation du service des domaines. Le montant de cette redevance fixe semble souvent avoir été calculé de façon à ce que la redevance soit modeste comparativement à l'économie générale de l'opération, et ce, pour aboutir à l'équilibre financier du contrat de gestion des parcs de stationnement en ouvrage et du stationnement sur voirie. Le mode de calcul de cette redevance fixe ne semble pas toujours respecter les principes posés par la loi et la jurisprudence.* », DREIFUSS (M.), « Les montages contractuels relatifs à la gestion du service de stationnement payant », Chapitre 1 (Folio n°3302), *Rép. Coll. Loc*., Dalloz, Mars 2016.

[429] Il est possible d'accorder une occupation gratuite du domaine public lorsque le service public bénéficie gratuitement à tous les usagers ou lorsque le service public a pour objectif la conservation du domaine public. Dans la grande majorité des cas de concession, il s'agit de services publics industriels et commerciaux qui ont un intérêt commercial pour l'exploitant. La gratuité n'étant, *a maxima*, que partielle.

[430] Par ex. : les redevances sur chiffre d'affaires, redevances pour contrôle de la concession, droits d'entrée ou « surtaxe ».

[431] DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, t. 2, 2ème éd., p. 94 à 97.

[432] C.E., 29 nov. 2002, req. n°219244, *Commune du Barcarès, Dr. adm*., n°2, Févr. 2003, comm. 36 ; *A.J.D.A*., 2003, p. 1016.

question de son assujettissement à la TVA et de son traitement budgétaire se pose pour la collectivité concédante[433].

2. Le contrôle comptable et financier de l'état des biens

181. Pour contrôler les finances de l'exploitation, la personne publique bénéficie d'une prérogative limitée d'immixtion dans la gestion du gestionnaire. L'inventaire du patrimoine de la concession joue un rôle déterminant dans le maintien de l'équilibre économique de la convention. L'article 33 du décret du 1er février 2016[434] relatif aux contrats de concession, prévoit une liste d'informations à transmettre au concédant pour qu'il opère un contrôle comptable et financier. Le rapport comprend notamment « *un état des variations du patrimoine immobilier* » ; « *un état des autres dépenses de renouvellement réalisées* » ; et de manière générale, toute information permettant d'identifier l'évolution du patrimoine et la réalisation du programme contractuel d'investissement.

182. L'objectif pour le concédant est d'appréhender de manière globale et chiffrée, les avantages économiques accordés au concessionnaire pour la bonne exécution de ses obligations de gestion du patrimoine. D'abord, certains avantages fiscaux sont accordés au concessionnaire, lorsque des travaux sont effectivement réalisés et qui concourent à la construction ou l'acquisition de biens nécessaires au service public. C'est le cas des amortissements de caducité dont l'utilisation est encadrée et limitée aux seuls biens financés entièrement par le concessionnaire et qui doivent, en vertu des clauses du contrat, revenir gratuitement à la personne publique. De même pour les dotations pour travaux de renouvellement qui ne peuvent être constituées que pour le renouvellement[435] des biens de retour amortissables, lorsque le coût de leur renouvellement est présumé supérieur à leur prix de revient, et qui sont calculés en fonction d'un coefficient progressif étalé sur la durée plan de renouvellement[436]. Enfin, si les biens à renouveler ne peuvent être amortis sur la durée du

---

[433] La collectivité participe alors à une activité économique, BOI-TVA-CHAMP-10-20-10-10, n° 93 et s. Or, la redevance émise doit être calculée H.T. et assujettie à la TVA au taux normal, ce qui en pratique impose à la collectivité de retracer dans un budget annexe ce montant de TVA.

[434] D. n°2016-86, *J.O.R.F.*, n°0027, du 2 févr. 2016, texte n°20.

[435] Des dotations pour *risques et charges* notamment pour les grosses répérations et gros entretiens peuvent être constituées si les biens de retour ne doivent pas être renouvelés mais transférés en bon état fonctionnel, BOI-BIC-AMT-20-40-40, § 50 du 12 sept. 2012.

[436] BOI-BIC-PROV-30-30-20-20 du 12 sept. 2012.

contrat, il peut leur être appliqué un amortissement industriel qui doit s'apprécier en fonction des amortissements de caducité employés.

183. Or, la méconnaissance de la personne publique de ces dispositifs financiers, ainsi que les difficultés de s'assurer de la transmission effective des données réelles par le concessionnaire, ont entrainé des dérives financières dans les concessions. Nombreuses sont les mises en garde des juridictions financières sur l'absence d'information donnée par les concessionnaires sur le coût des renouvellements et sur leur réalisation[437]. L'utilisation erronée ou détournée des avantages fiscaux contribue pourtant à la fois à déséquilibrer l'économie de la convention mais aussi à accorder tacitement des aides fiscales indues[438]. Aussi, les juridictions financières ont pu constater, le placement par certains concessionnaires des dotations pour renouvellement plutôt que leur utilisation effective lors des travaux. Cette pratique conduisait alors à faire supporter sur le tarif des usagers une charge indue (prélèvement pour dotations) mais surtout, de faire participer le contribuable (qui peut être aussi usager) aux travaux de renouvellement (subvention publique)[439].

184. Par ailleurs, la doctrine relève régulièrement des pratiques contestables dans la gestion de l'amortissement dans les concessions de service public. Pour J.-B. VILA, nombreuses sont les concessions qui, bien qu'elles ne satisfassent pas les conditions d'éligiblité, voient leur

---

[437] Par ex. : « *les rapports du délégataire ne donnent aucune information sur la nature des immobilisations concédées, leurs modalités de financement, leurs variations, et le suivi du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué.* », COUR DES COMPTES, Rapport public annuel, « La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes », p. 516.

[438] « *L'imprécision des données figurant dans l'inventaire des biens de retour (tant du fait de leur contenu, non encore déterminé, que de leur valeur, souvent non comptabilisée) traduit une mauvaise connaissance de son actif par la communauté urbaine. Elle suscite des doutes sur les conditions dans lesquelles les travaux de renouvellement ont été estimés et pris en compte au stade de l'analyse des offres. Elle rend difficile le contrôle par le délégant du respect de ses obligations par le délégataire, notamment en ce qui concerne les travaux d'entretien à sa charge. Elle pourrait également porter en germe un risque d'irrégularité au regard du régime européen des aides d'Etat si la mise à disposition du délégataire de biens appartenant à MPM venait à être considérée comme relevant de cette qualification.* », CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE PROVENCE-ALPES-CÔTE-D'AZUR, Avis en séance du 13 Février 2014, Convention de délégation de service public de l'assainissement zone Ouest conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille, Contrôle n°2013-0130, Rapport n°2014-0009.

[439] COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la république suivi des réponses des administrations et organismes intéressés, Décembre 2003, p.33.

gestionnaire constituer des déductions fiscales pour amortissement de caducité[440]. Cette pratique, méconnue par les concédants, conduit à accélérer la récupération de l'investissement et élargir la période de rentabilité de l'exploitation[441].

185. Le transfert patrimonial est l'occasion pour le concédant de construire les bases de l'équilibre économique de la convention mais aussi, et surtout, de son suivi. Le Conseil de normalisation des comptes publics encourage ce suivi concernant les contrats de l'État concourant à la réalisation d'un service public[442]. Par un avis du 17 octobre 2014, le Conseil rappelle que les actifs concédés susceptibles de faire l'objet d'un *contrôle* par l'État doivent faire l'objet d'un traçage dans les comptes publics. Ces biens doivent faire l'objet d'une comptabilisation « *en situation nette* », sauf lorsque l'État les finance pour partie, et dans ce cas le montant de l'investissement personnel du concessionnaire sur les biens figure « *en dette financière* ».

186. La définition précise des biens, tant sur leur nature que sur leur coût et financement, est déterminante pour le contrôle effectif de l'évolution patrimoniale. L'absence de données précises dans l'inventaire et l'absence de document comptable ou extra-comptable qui en assure le contrôle, favorise la déconnexion progressive de l'état de l'exploitation connu par le concédant et l'état réel de l'exploitation conservé par le concessionnaire[443]. Cette démarche de contrôle est par ailleurs fondamentale pour les opérations de liquidation des biens en fin d'exploitation[444]. L'amortissement complet des biens de retour entraîne l'incorporation directe

---

[440] Nota., VILA (J.-B.), « L'amortissement de caducité dans les contrats administratifs : une exception fiscale toujours réservée aux concessions de service public », *J.C.P.A.*, n°26, 28 juin 2010, 2209.

[441] V. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

[442] CONSEIL DE NORMALISATION DES COMPTES PUBLICS, Avis n° 2014-02 du 17 octobre 2014 relatif à la nouvelle norme 18 sur les contrats concourant à la réalisation d'un service public du Recueil des normes comptables de l'Etat.

[443] Ainsi, un concessionnaire peut surévaluer des dotations pour renouvellement ou aux amortissements de caducité, méthode qui conduit mécaniquement à abaisser le taux de marge sur l'exploitation. Bien que fiscalement, le concessionnaire soit obligé d'effectuer une reprise sur provisions pour surévaluation, il lisse son taux de marge et donne une information erronée sur la performance économique de l'exploitation au concédant contrôleur. V. à ce sujet, COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, *préc.*, p. 48 et s.

[444] Cette question sensible dans le service public de l'eau et de l'assainissement, notamment au regard de la valeur des biens renouvelables et des réseaux de distribution constitutifs de biens de retour, a poussé le législateur à inscrire explicitement qu'un « *inventaire détaillé du patrimoine du délégant* » ainsi que « *le versement au budget de l'eau potable ou de l'assainissement du délégant d'une somme correspondant au montant des travaux stipulés au programme prévisionnel mentionné à l'article L. 2224-11-3 et non exécutés* », C.G.C.T., Art. L.2224-11-4.

et sans contrepartie, dans le domaine public. L'absence d'amortissement complet, notamment pour les biens renouvelés en cours d'exploitation fait *a contrario* l'objet d'une indemnisation du concessionnaire. Parce que la base de référence est la valeur nette comptable, les biens ayant une valeur résiduelle, partie non amortie, doivent être remboursées de la soulte avant leur incorporation. Cela vaut d'ailleurs dans les cas de résiliation anticipée où l'amortissement est normalement incomplet. Mais, sans contrôle sur les biens de l'exploitation, le concédant laisse une opportunité à la déconnexion des biens et de leur valeur. La constatation d'un amortissement accéléré par rapport au prévisionnel, la constitution de dotations pour renouvellement sans travaux de renouvellement, sont autant de phénomènes qui conduisent au déséquilibre économique.

187. En conséquence, le contrôle permanent des données comptables et financières relatives aux biens permet à la collectivité de préparer au plus juste[445] l'incorporation des biens nécessaires, ou qui le sont devenus, dans son patrimoine et ce, à tout instant de l'exploitation.

Paragraphe 2 - Le transfert de responsabilités

188. Selon le professeur F. LLORENS, « *pour qu'un contrat soit qualifié de DSP, il faut d'abord qu'il porte sur une activité de service public, ensuite, qu'il transfère la responsabilité au cocontractant* »[446]. La particularité du contrat de concession est qu'il suppose un risque économique, qui se matérialise par la responsabilité du concessionnaire engagée par les faits d'exploitation. Si l'inventorisation des biens a le mérite de clarifier les régimes de propriété et de jouissance des biens, il permet aussi de déterminer les responsabilités dues aux risques de leur réalisation et de leur usage. En règle générale, le concessionnaire est seul responsable de ces risques. Le titre exclusif qu'il détient fait de lui l'unique interlocuteur des usagers et des tiers en cas de mise en responsabilité du fait d'un bien de la concession (A).

189. Par ailleurs, le transfert économique de la concession règle la problématique fiscale de l'activité. L'égale concurrence entre activité économique d'intérêt général et activité

---

[445] « *On le voit, le débat de l'évaluation des biens en fin de contrat et de l'indemnisation du délégataire en découlant porte en réalité plus sur l'amortissement des biens et ses modalités de calcul que sur la qualification des biens* », RAYMUNDIE (O.), *préc.*

[446] LLORENS (F.), *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, in *Liber amicorum Jean Waline*, Paris : Dalloz, 2002, p. 304.

économique classique impose qu'il ne soit fait aucune différence entre les deux pour leur assujettissement aux impôts commerciaux. S'en suit alors que les recettes d'exploitation et résultats bénéficiaires sont assujettis aux impôts commerciaux[447]. Le concessionnaire s'il en est le redevable, jouit de dérogations fiscales qui prennent en compte les particularités de sa situation vis-à-vis des opérateurs concurrents (B).

A. Les responsabilités procédant du transfert patrimonial

190. Le concessionnaire est, en tant que seul gestionnaire des biens, l'unique interface quant aux responsabilités patrimoniales. D'abord, il est responsable en sa qualité de gestionnaire des biens. Ainsi, tous retard, défection, dommage, causés à l'occasion de la réalisation des équipements ou de l'exploitation du service public, sont de sa responsabilité juridique et financière (1). Puis, en tant que bénéficiaire exclusif de droits réels ou de propriété sur les biens de la concession, il est redevable de la charge fiscale qui grève les biens du service public (2).

1. Le transfert des risques liés aux biens

191. Le concessionnaire est tenu de réaliser par ses propres moyens ou, de faire réaliser les équipements nécessaires au service public. Parce que le contrat vaut externalisation totale de la charge du service[448], le concessionnaire est investi de la qualité de maitre d'ouvrage[449] ainsi que de maitre des biens[450]. Dans ses fonctions il est amené à diriger les travaux de construction[451] et est responsable des éventuels dommages que cela occasionne[452].

---

[447] LE GALL (J.-P.), « La fiscalité du financement privé des équipements collectifs pour le compte de personnes publiques (d'après le Rapport sur la fiscalité du Groupe de stratégie industrielle Travaux publics du Commissariat Général du Plan), *J.C.P.A.*, n°30 Novembre 1989, 15634.

[448] Pour un exemple, C.A.A. Marseille, 30 juin 2011, req. n°08MA03538, *Société Axa Assurances*, *Leb.*, inédit.

[449] C.E., 13 déc. 1946, *Cie générale des eaux de la banlieue de Paris*, *Leb.*, p. 307 ; C.E., sect., 18 déc. 1953, *Sieur Gain*, *Leb.*, p. 571.

[450] « *C'est le concessionnaire qui a la qualité de maître de l'ouvrage et c'est lui qui doit supporter les conséquences qui en résultent pour les victimes* », DELVOLVE (P.), « Les contradictions de la délégation de service public », *A.J.D.A.*, 1996, p. 675.

[451] V. L. 29 déc. 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, *préc.*

[452] La défaillance du concessionnaire dans ses obligations de maintenance est de nature à engager sa responsabilité financière, C.E., sect., 20 nov. 1992, req. n°84223, *Commune de Saint-Victoret c. C.C.I. de Marseille, Leb.,* p. 418.

192. Traditionnellement, le juge considére que, quelle que soit la personnalité juridique du concessionnaire, les travaux concourant à la réalisation ou à la maintenance[453] de biens nécessaires au service public sont des travaux publics qui relèvent du contentieux administratif[454] et ce, même si les parties ont entendu lui conférer la nature de contrats privés[455]. Les travaux des concessions ont alors toujours vérifié cette définition, tant parce qu'ils sont d'« *une utilité générale* »[456] que parce qu'ils sont réalisés dans le cadre « *d'une mission de service public* »[457]. L'exécution sur le domaine public ou sur une propriété privée n'a, de ce fait, aucune influence sur la qualification en travaux publics[458]. Toutefois, il n'est pas exclu pour le concédant et son concessionnaire d'inscrire à la convention que les biens sont réalisés « *pour le compte* » de la personne publique[459].

193. Si ce régime exorbitant permet au concessionnaire de bénéficier de prérogatives dans la réalisation de sa mission, il demeure le seul responsable pour les dommages causés par leur utilisation ou par leur seule existence[460]. Il est ainsi responsable[461] des dommages causés par

---

[453] T.C., 3 juillet 1995, req. n°02955, *S.C.I. du 138 rue Victor Hugo à Clamart*, *Leb.*, p. 498.

[454] La première chambre civile de la Cour de cassation consacre qu' « *ont le caractère de travaux publics, les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers* », Civ. 1ère, 19 sept. 2007, req. n°06-10.546 et 06-11.283, *Société AXA corporate solutions assurance c. Habitat 62/59 et autres*, *Bull. civ.* I, n°296 ; *J.C.P.A.*, 2007, 2321, note RENARD-PAYEN ; *G.D.D.A.B.* n°10 ; v. aussi, GAUDEMET (Y.), *Droit administratif*, points 353 et s. ; C.E., 10 févr. 2014, req. n°361280, *Mme B.A. c. Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, *JurisData : 2014-002157*.

[455] T.C., 9 mars 2015, req. n°3984, *Mme Rispal c. Société Autoroutes du Sud de la France (ASF)*, *J.C.P.A.*, 2015, act. 310, note SESTIER (J.-F.) ; T.C., 17 janv. 1972, *S.N.C.F. c. Solon et Barrault, Leb.*, p. 944 ; *R.D.P.*, 1972, p. 465, concl. BRAIBANT (G.).

[456] C.E., 10 juin 1921, req. n°45681, *Commune de Monségur*, *Leb.*, p. 573, *G.A.J.A.* n°37.

[457] T.C., 28 mars 1955, req. n°01525, *Association syndicale de reconstruction de Toulon c. Effimieff*, *Leb.*, p. 617, *G.A.J.A.* n°70.

[458] T.C., 24 oct. 1942, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, *S.* 1945, 3, 10 ; plus récemment, C.E., 16 mai 2012, req. n°342896, *M. Verrier*, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1033.

[459] Il n'y a pas de présomption d'agissement pour le compte de l'autorité concédante, le mandat administratif exprès doit être prévu par la concession, T.C., 9 juill. 2012, req. n°C3834, *Compagnie des eaux et de l'ozone c. Société Sogéa et société OTV*, *Leb.,* p. 653 ; *A.J.D.A.*, 2012. 1433, *Supra*.

[460] « *Considérant qu'en cas de délégation limitée à la seule exploitation de l'ouvrage, comme c'est le cas en matière d'affermage, si la responsabilité des dommages imputables à son fonctionnement relève du délégataire, sauf stipulations contractuelles contraires, celle résultant de dommages imputables à son existence, à sa nature et son dimensionnement, appartient à la personne publique délégante ; que ce n'est qu'en cas de concession d'un ouvrage public c'est-à-dire d'une délégation de sa construction et de son fonctionnement, que peut être recherchée par des tiers la seule responsabilité du concessionnaire, sauf insolvabilité de ce dernier, en cas de dommages imputables à l'existence ou au fonctionnement de cet*

l'utilisation abusive du droit d'occuper temporairement des propriétés privées pour la réalisation des travaux[462]. *A contrario*, les contrats *classiques*[463] relèvent du juge judiciaire, à l'exception faite des actions en garantie entre le concessionnaire et son cocontractant[464].

2. Le transfert des impôts fonciers

194. La définition des caractéristiques des biens de la concession et la ventilation des propriétés par l'inventaire des biens[465] a longtemps été un enjeu fondamental dans l'économie de la concession de service public. L'inventaire des biens de la concession permettait, en principe, de régler la situation des parties au regard de l'impôt foncier. Selon l'identification du « *propriétaire actuel* » des biens, le redevable de l'impôt était soit la personne publique (*biens de retour*), soit le concessionnaire (*biens propres*)[466]. Tout l'intérêt de cette distinction est d'exonérer d'impôts les biens de retour de la concession.

195. L'exonération est conditionnée et conditionnelle. L'article 1382 C.G.I. impose trois conditions cumulatives : une condition organique (personne publique propriétaire), une condition matérielle (affectation au service public), et une condition financière (non productivité de* revenus). En la matière, le juge exerce un contrôle strict sur la condition

---

ouvrage », CE, 26 nov. 2007, req. n° 279302, *Migliore* : Juris-Data n° 2007-072746 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 2289. Dans le même sens, « *Considérant qu'en cas de délégation limitée à la seule exploitation de l'ouvrage public, si la responsabilité des dommages imputables à son fonctionnement relève du délégataire, sauf stipulations contractuelles contraires, celle résultant de dommages imputables à son existence, à sa nature et son dimensionnement, appartient à la personne publique délégante* », C.A.A. Lyon, 22 mai 2014, req. n°13LY20198, *Commune de Méjannes-le-Clap, Espace Gard découverte*, *inédit.*

[461] C.E., 17 juillet 1937, *D'Aurelle Montmorin*, *Leb.*, p. 720 ; C.E., 17 avril 1959, *Giraud*, *R.D.P.*, 1960, 123, note WALINE.

[462] L. 29 déc. 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, *J.O.R.F.* du 30 déc. 1892, p. 6319.

[463] T. C., 16 juin 2014, req. n° 3944, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel*, Contrats et Marchés publ., 1er août 2014, n° 8-9, comm. 220 ; *R.J.E.P.*, 2014, req. n° 725, 52, page 19 ; *B.J.C.P.*, 2014, n° 97, page 426 ; *B.J.C.L.*, 2014, n° 10, page 673.

[464] T.C.., 9 févr. 2015, n° 3983, *Sté ACE European Group Limited*, *J.C.P.G.*, n°17, 27 Avril 2015, 512, note EVEILLARD (G.) ; *R.D.I.*, avril 2015, n° 4, page 186.

[465] V. COLLET (M.), « Les incidences fiscales de la redéfinition du régime des biens de retour par le juge administratif », *Dr. fisc.* 2013, comm. 246.

[466] V. LE GALL (J.-P.), *préc.*

financière[467]. Pour que le bien soit réputé être non productif de revenus, ce dernier doit tout simplement ne générer aucun revenu. Le juge considère ainsi qu'une recette même symbolique, prouve la productivité d'un revenu[468]. La preuve de cette condition, dans le cadre des concessions, apparaît tout bonnement impossible, le législateur imposant lui-même aux personnes publiques de valoriser les biens qu'elles mettent à disposition[469]. Les hypothèses d'exonérations sont rares et difficiles à prouver.

196. Par ailleurs, en autorisant la constitution de droits réels sur le domaine public, le législateur a profondément revu le schéma patrimonial né de la relation contractuelle. L'occupant titré se voit investi d'un droit de quasi-propriété et, inversement, la personne publique devient « nu-propriétaire ». Il a fallu la modification de l'article 1400 C.G.I. par l'article 106 de la loi de finances pour 2004[470], pour que l'alinéa 2 prenne en compte cette situation. Désormais, le texte dispose que « *lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail à construction ou à réhabilitation ou du titulaire de l'autorisation* ». Ainsi, si le titulaire de l'occupation détient des droits réels, il est seul redevable des taxes foncières. Par contre, en l'absence de droits réels, la collectivité concédante est seule redevable de l'impôt, sauf à avoir aménagé une clause de transfert de la charge fiscale au contrat[471].

197. De plus, si la jurisprudence du Conseil d'État[472] semble avoir réglé la question de la charge fiscale des biens d'une concession, elle n'a pas répondu à plusieurs interrogations spécifiques à ces contrats. D'abord, si l'on comprend que l'article 1400 C.G.I. vise

---

[467] C.E., 4 mars 2009, req. n° 298981, *Syndicat mixte du pôle européen de la plasturgie* (SMPEP) : JurisData n° 2009-081452 ; *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 166.

[468] V. à ce sujet, ALBERT (J.-L.), *Fiscalité et personnes publiques,* Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Systèmes/Fiscalité », 2012 ; C.E., 24 nov. 2010, req. n°323982, *Association Lehugeur-Lelièvre*, JurisData : 2010-022271. Par ailleurs, l'exonération de taxe foncière permet, *de facto*, une exonération de taxe d'aménagement (C. urb., Art. R.331-4).

[469] C.G.P.P.P., Art. L.2125-1.

[470] L. n°2003-1311, du 30 déc. 2003, de finances pour l'année 2004, *J.O.R.F.*, 31 déc. 2003.

[471] C.E., 27 févr. 2013, req. n° 337634, *Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État c. C.C.I. de Béthune* : *J.C.P.A.*, 2013, act. 223 ; n°4, 27 Janvier 2014, 2021, comm. VILA (J.-B.) ; *Contrats-Marchés publ.*, 2013, comm. 146, note ECKERT (G.) ; *Dr. fisc.,* 2013, comm. 246, COLLET (M.).

[472] C.E., 27 févr. 2013, *préc.*

explicitement les hypothèses où le cocontractant bénéficie d'une convention portant droits réels, l'absence d'une telle convention ne change pas fondamentalement la situation du concessionnaire par rapport aux biens de la concession. Le droit exclusif qu'il détient fait qu'il use des biens, *a minima*, dans les mêmes conditions qu'un usufruitier[473] et se doit d'ailleurs d'en adopter le comportement[474]. Il jouit des fruits de leur exploitation[475] et se voit même subrogé aux obligations du propriétaire public concernant les grosses réparations à effectuer pendant l'exploitation et ce, quand bien même les biens repris étaient en mauvais état[476].

198. De plus, la référence au « *propriétaire actuel* » est certes explicite mais ne prend pas en compte les spécificités des concessions de service public. Les biens de retour qui y sont réalisés sont bien souvent, de fait ou de droit, la propriété des concessionnaires. La notion de propriétaire *ab initio* n'est, elle, qu'un outil de protection des biens contre leur aliénation et non pas la constatation effective d'un droit de propriété. Ce n'est qu'en fin de contrat que la personne publique devient effectivement propriétaire. D'ailleurs, c'est l'interprétation qui semblait s'imposer après que le juge administratif ait reconnu que les biens de retour puissent, soit être propriété *ex ante* du concessionnaire, soit être sa propriété jusqu'au terme du contrat[477]. Aussi, c'est bien le concessionnaire qui, comptablement, inscrit les biens de retour en éléments d'actifs, soit des immobilisations dont il est nécessairement le propriétaire[478].

199. Enfin, cette interprétation aboutit à créer de curieuses différences d'appréciation entre les biens de retour selon le mode de gestion du service public. L'article 1382 C.G.I. prévoit en effet par son article 1° bis que, les biens réalisés dans le cadre des contrats de partenariat ou des baux emphytéotiques hospitaliers, sont exonérés de taxes foncières lorsqu'ils sont incorporés en fin de contrat dans le patrimoine de la personne publique.

---

[473] « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance*», C. civ., Art. 578.

[474] « *L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont, mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.* », C. civ., art. 600.

[475] C. civ., art. 582,

[476] C. civ., art. 605 et 606.

[477] C.E., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, *préc.*

[478] VILA (J.-B.), « La détermination du statut fiscal des biens de retour d'une délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°4 ; 27 Janvier 2014, 2021.

200. Pour éviter toute interprétation du juge dans « *le silence des conventions* »[479], la personne publique a l'opportunité d'inscrire et de sécuriser le transfert de la charge des impôts fonciers dans le cahier des charges de la concession[480]. Si elle demeure être redevable de ces impôts, elle peut faire du concessionnaire leur contribuable exclusif[481]. Il revient alors aux parties d'être claires et précises pour assurer la sécurité juridique du transfert[482], et d'en estimer précisément les avantages économiques[483].

B. Les privilèges fiscaux de la concession de service public

201. Les activités économiques d'intérêt général agissent dans le même environnement économique que les activités commerciales et industrielles des opérateurs privés. Le respect du droit de la concurrence et le principe de la liberté de commerce et d'industrie suppose une égalité de traitement entre ces « entreprises ». Elles sont toutes objectivement, redevables pour leur activité des impôts commerciaux. D'abord, du fait de l'existence d'une activité économique, ces exploitants sont assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée (1) puis, parce que ces activités génèrent des résultats, elles entrent dans le champ d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés (2).

1. L'exploitation et la taxe sur la valeur ajoutée

202. L'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée des activités concédées est le résultat logique issu de l'activité poursuivie et de la qualité de son exploitant. Le concessionnaire agit en tant qu'assujetti, professionnel, et exploite une activité économique contre la perception de redevances sur les usagers[484]. Pour le concessionnaire qui exploite un service public dit

---

[479] CE, 27 févr. 2013, req. n° 337634, *Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État c. C.C.I. de Béthune, préc.*

[480] « *aucun principe juridique ne vient en la matière restreindre la volonté des parties* », *ibid.*

[481] C.E., 5 mai 2010, req. n°301420, *Bernard*, *R.J.E.P.*, n°681, Déc. 2010, comm. 59, CHAMARD-HEIM (C.). Dans cette affaire, l'État avait conclu avec la C.C.I. de Nimes, Bagnols, Uzès, Le Vigan, un contrat d'occupation d'un plan d'eau qui, en son article 12 stipulait que « *le permissionnaire devra seul supporter la charge de tous les impôts auxquels sont ou pourraient être assujettis les aménagements et installations réalisés* ».

[482] C.E., 29 janv. 1993, req. n°62067, *S.A. SOPARK* : JurisData n° 1993-041498.

[483] V. à ce sujet, VILA (J.-B.), « La détermination du statut fiscal des biens de retour d'une délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°4 ; 27 Janvier 2014, 2021.

[484] « *sont assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée les personnes qui effectuent de manière indépendante une des activités économiques* (…)*, quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la forme ou la nature de leur intervention* », C.G.I., Art. 256 A.

administratif[485], ce dernier sera nécessairement redevable de la T.V.A., dès lors qu'il est possible de démontrer que son exploitation est, potentiellement[486], dans le champ concurrentiel[487]. On le voit, il n'est plus tellement d'activités concédées qui, par leur nature ou leur exploitation, puissent échapper à un assujettissement à la T.V.A[488].

203. Cet assujettissement quasi-systématique des concessionnaires de service public est d'ailleurs un critère fondamental dans le choix, par la personne publique, du mode de gestion. L'équilibre économique des contrats portant gestion du service public repose en premier lieu, sur la possibilité de récupérer la T.V.A. ayant grevée les investissements affectés au service public. Avant le décret du 25 décembre 2015[489], la personne publique avait la possibilité de transférer son droit à déduction de la T.V.A. - lorsqu'elle-même ne pouvait être considérée comme assujettie, et qu'elle n'avait pu déduire la T.V.A. ayant grevé les biens qu'elle avait réalisés - au gestionnaire du service public qui exploitait ces biens à ses risques et périls[490]. Par ce mécanisme, principalement rencontré dans le cadre des contrats d'affermage, la personne publique ne perdait pas le bénéfice de ses droits à déduire et le cocontractant, lui, s'assurait de récupérer ces droits auprès de l'administration fiscale. Par ailleurs, il favorisait la *bonne entente* financière entre les parties puisque la personne publique avait l'opportunité de ne pas récupérer les droits à déduire et, par la même occasion, de subventionner son cocontractant. Or, depuis le 1er janvier 2016, le transfert du droit à déduction a été abrogé. Seules les

---

485 « *l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence* », C.G.I., Art. 256 B.

486 C.E., 23 déc. 2010, req. n°307856, *Commune de Saint-Jorioz*, *Leb.,* p. 527 ; C.J.C.E., gd. ch., 16 sept. 2008, aff. C-288/07, *Isle of Wight Council et a.*, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-7203.

487 BOI-TVA-CHAMP-10-20-10-30, du 12 sept. 2012, paragraphe 50. V. aussi, ALBERT (J.-L.), *Fiscalité et personnes publiques,* 2012, pp 93 et s.

488 Tel est le cas des activités de soins de santé qui sont, quelque soit le mode de gestion, placées hors du champ de l'assujettissement à la T.V.A. Par contre, cela ne vaut pas pour les activités qui leurs sont accessoires, qu'elles soient purement commerciales, ou qu'elles soient médico-sociales.

489D. n° 2015-1763 du 24 décembre 2015.

490 « *La taxe sur la valeur ajoutée qui a grevé certains biens constituant des immobilisations et utilisés pour la réalisation d'opérations ouvrant droit à déduction peut être déduite,* (…) *par l'entreprise utilisatrice qui n'en est pas elle-même propriétaire* ». Cela concerne notamment les « *dépenses exposées pour les investissements publics que l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que leurs groupements, ou leurs établissements publics n'utilisent pas pour la réalisation d'opérations ouvrant droit à déduction et qu'ils confient à l'entreprise utilisatrice afin qu'elle assure, à ses frais et risques, la gestion du service public qu'ils lui ont déléguée* », C.G.I.A.N. II, Art. 210.

collectivités territoriales ayant mis à disposition par un titre onéreux[491] les biens soumis à délégation, peuvent, dans les conditions de droit commun, récupérer la T.V.A. qui a grevé leur réalisation[492]. L'abandon de ce dispositif place la concession de service public comme le modèle économique à privilégier pour la gestion d'un service public emportant la réalisation préalable d'infrastructures. En effet, la personne publique n'a dans cette hypothèse, ni la charge financière des investissements, ni à se soucier de la récupération de la T.V.A. qui, dans tous les cas, sera récupérée par le concessionnaire-maître d'ouvrage.

204. De plus, l'équilibre économique de la convention n'est pas composé des seules recettes perçues sur les usagers. La question qui se pose est alors de savoir dans quelles conditions les participations financières de la personne publique à l'exploitation sont assujetties ou non à la T.V.A. En d'autres termes, les subventions ou compensations d'obligations de service public peuvent-elles être assimilées à la contrepartie financière d'une prestation de service public ? De manière constante, la doctrine fiscale et la jurisprudence considèrent qu'une subvention n'est pas assujettie à la T.V.A. en l'absence de contrepartie du récipiendaire. Deux hypothèses sont alors envisageables. Si la subvention ne correspond, ni dans sa valeur, ni dans son objet, à la réalisation d'une quelconque contreprestation identifiable en tant que telle, alors elle n'est pas assujettie à la T.V.A. Il en va ainsi des subventions versées pour les *« perspectives générales d'action »*[493], et pour les subventions globales d'investissements identifiés[494]. Si, *a contrario*, la subvention correspond à une prestation définie, alors elle est un « complément de prix » assujetti à la T.V.A.

205. Une difficulté existe néanmoins dans la qualification des compensations d'obligations de service public et de leur assujettissement à l'impôt. Selon le règlement n°1370/2007, une compensation d'obligation de service public est attribuée d'une part « *pour assurer la prestation de services qui sont des services d'intérêt général* » et d'autre part « *afin d'éviter des distorsions injustifiées de la concurrence, elles ne sauraient dépasser ce qui est*

---

[491] Ces redevances sont un prix payé pour une activité économique de fourniture de biens. En cela, elles entrainent l'assujettissement des collectivités concédantes qui agissent en tant qu'assujetti. Toutefois, leur objet est bien différent, quoique superposable, à l'objet de la redevance domaniale qui est due « *non pour service rendu, mais pour occupation du domaine public* » (C.E., 29 nov. 2002, req. n°219244, *Commune du Barcarès, préc*).

[492] Instruction du 12 septembre 2012, BOI-TVA-CHAMP-10-10-10, § 90 et s.

[493] C.E., sect., 6 juill. 1990, req. n°88224, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais (CODIAC)*, *R.J.F*, 6/90, p. 396, note FOUQUET (O.).

[494] BOI-TVA-BASE-10-10-40 du 12 sept. 2012, § 20 ; BOI-TVA-BASE-10-10-10 du 15 nov. 2012, § 350.

nécessaire pour couvrir les coûts nets occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable »[495]. À la lecture de cette définition, la compensation apparaît tout à fait assimilable aux subventions versées en contrepartie directe de missions particulières supportées par le concessionnaire pour le compte de la collectivité. Toutefois, l'objet de la compensation est de permettre un rééquilibrage économique lié à une mission normalement déficitaire. En cela, elle est une subvention d'équilibre qui, par application de la doctrine fiscale, est non assujettie à la T.V.A.[496]. Par analogie, la Cour de justice a considéré qu'était justifiée l'exonération de T.V.A. pour le service des postes britanniques en vertu de la 6ème directive T.V.A, car son objet principal était la satisfaction d'obligations de service public[497], ce qui place l'opérateur dans une situation nécessairement différente d'un opérateur classique[498]. Cette hypothèse n'est pas strictement réglée ni par la doctrine, ni par la pratique[499] ; la jurisprudence ne s'est quant à elle pas parfaitement prononcée, plaçant les personnes publiques et leurs gestionnaires d'obligations de service public dans une situation d'insécurité fiscale. Mais, en tout état de cause, considérer que les compensations d'obligations de service public soit des subventions *compléments de prix* est le comportement le plus sécurisant et le plus en phase avec la réalité de ces compensations. Ces dernières sont, strictement, la compensation de surcoûts soit le paiement du différentiel entre le prix du service et le prix réel.

---

[495] 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, *J.O.U.E.*, 3 déc. 2007, n° L.315/1.

[496] BOI-TVA-BASE-10-10-10 du 15 nov. 2012, § 410.

[497] C.J.C.E., 23 avr. 2009, aff. C-357/07, *TNT Post UK Ltd c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-03025 ; V. GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), « La notion de service public en droit européen », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1783.

[498] « (…) *la Cour estime qu'une telle interprétation n'est pas contraire au principe de neutralité fiscale, car, en vertu des obligations qui lui sont imposées par sa licence, Royal Mail effectue ses prestations postales dans un régime juridique qui est substantiellement différent de celui d'un opérateur comme TNT Post* », Communiqué de Presse n°32/09 du 23 avril 2009 sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-357/07.

[499] « *En principe, les subventions accordées pour compenser des obligations de service public ne sont pas assujetties, tandis que celles qui sont qualifiées de complément de prix sont assujetties. Mais il est souvent difficile de faire la distinction et, dans ce cas, c'est à la partie versante, donc le délégant, d'apprécier le régime qui s'applique. En cas de contrôle, il devra se justifier auprès de l'administration fiscale* », MICHELET (C.), HUET (G.), GARNIER (S.), « 50 questions : La négociation d'une délégation de service public », *C.D.M.*, cahier n°52, Février 2012, n°254.

2. L'exploitation et l'impôt sur les sociétés

206. L'activité de service public est en règle générale assimilée à l'exploitation d'une activité lucrative entraînant l'assujettissement de l'entité concessionnaire à l'impôt sur les sociétés[500]. Cette acception vaut pour les concessionnaires personnes publiques[501] puisque sont seules exonérées les régies de service public qui gère un service public indispensable aux besoins de la population[502].

207. Pour autant, l'équilibre économique de la concession de service public est, là aussi, dépendant des droits du concessionnaire à déduire de son impôt, tout ou partie des charges d'exploitation[503] qu'il supporte. Ainsi, en dehors des charges classiques listées à l'article 39 C.G.I., la qualité de concessionnaire confère des droits à déduire particuliers, des avantages économiques sur la concurrence[504].

208. Le premier des avantages est celui que confère le droit d'amortir le capital d'investissement qui ne peut être récupéré en fin de contrat par le concessionnaire. L'amortissement de caducité remplit la fonction de dégrèvement fiscal par lequel le concessionnaire est autorisé à compléter sous certaines conditions l'amortissement comptable des biens de retour[505]. Cet outil est un véritable levier de l'équilibre économique. La doctrine précise que « *la règle générale applicable, en pareil cas, est que le total des déductions*

---

[500] C.G.I., art. 206 et s.

[501] Il y a ici une certaine constance dans le lien entre exploitation lucrative réalisée dans les mêmes conditions qu'un particulier et l'assujettissement aux impôts commerciaux. Le commissaire du gouvernement BLUM a, dans l'arrêt *Commune de Mestle-sur-Sarthe*, conclu que bien qu'activité de service public, celle-ci n'échappe pas à l'impôt en ce que « *l'exploitation communale ne se distingue pas vis-à-vis des lois fiscales de l'exploitation particulière* », C.E., 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, *Leb.*, p.136, concl. BLUM (L.) ; *D.*, 1913.3.25.

[502] C.E., 20 juin 2012, req. n°341410, *Commune de la Ciotat et Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1807, note COLLET (M.).

[503] C.G.I., Art. 39.

[504] « Ce dispositif offre aux entreprises, principalement les grands groupes du secteur de l'énergie, de la distribution d'eau, de l'assainissement et du chauffage urbain, un avantage de trésorerie dont ne bénéficient pas les autres entreprises, alors même que les entreprises bénéficiaires évoluent à l'abri de la concurrence internationale. », LAMBERT (A.), Rapport général fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 1998, t. II, Fasc. 1, *Les conditions générales de l'équilibre financier*.

[505] C.E., 11 déc. 2008, req. n° 309427, *Ministre des finances c. SA hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *Dr. fisc*. 2009, n° 17, comm. 290, concl. OLLÉON (L.) ; C.A.A Bordeaux, 1er sept. 2009, req. n° 08BX00188, *Société Laho Centre*, *J.C.P.A.*, n°26, 28 juin 2010, 2209, note VILA (J.-B.) ; *B.F. Lefevbre*, 3/2009, inf. p. 190 ; *R.J.E.P.*, 2009, n° 663, note M. Collet.

effectuées au titre de l'amortissement de caducité ne saurait excéder celui qui doit être normalement pratiqué pour reconstituer l'ensemble des capitaux investis dans le domaine concédé eu égard au prix de revient total des installations et à la durée de la concession »[506]. De la sorte, cela permet « *au concessionnaire de dégager en franchise d'impôt, avant le terme du contrat, les fonds nécessaires au remboursement des emprunts souscrits voire des fonds propres engagés afin de réaliser les équipements abandonnés en fin de contrat à la collectivité* »[507]. En sus, lorsque les biens de retour sont à renouveler, le concessionnaire bénéficie aussi du droit d'« *effectuer un amortissement industriel ou technique calculé en fonction de la durée probable d'utilisation desdites immobilisations* »[508].

209. Par ailleurs, le concessionnaire est autorisé à constituer plusieurs provisions pour charge d'exploitation dont l'une est liée à ses obligations de renouvellement. L'article 39 du code général des impôts[509] prévoit une dotation pour les biens amortissables par nature, renouvelables, et dont la qualité de propriétaire n'importe peu, « *pour autant que ces biens acquis en remplacement dans le cadre de l'obligation de renouvellement soient destinés à être transférés gratuitement, en fin de contrat, par* (…) *le concessionnaire à l'autorité concédante* »[510]. La documentation fiscale justifie cette exception au principe de déductibilité des provisions pour renouvellement du fait que pour « *les entreprises concessionnaires ou fermières de service public, la charge de renouvellement n'a pas pour contrepartie un accroissement de l'actif puisque les biens renouvelés doivent être remis gratuitement en fin de contrat au loueur ou à l'autorité concédante. Tel est d'ailleurs le cas, d'une manière générale, pour les entreprises tenues de renouveler des biens dont elles ne sont pas propriétaires.* »[511]. L'explication s'avoue toutefois contradictoire dès lors que les biens de retour sont, chez le

---

[506] BOI-BIC-AMT-20-40-40, § 20.

[507] COLLET (M.), « La pratique de l'amortissement de caducité par les délégataires de service public », *Dr. fisc*,.n°17, 23 avr. 2009.

[508] *Ibid.*

[509] « *La provision constituée par l'entreprise en vue de faire face à l'obligation de renouveler un bien amortissable dont elle assure l'exploitation est déductible, à la clôture de l'exercice, dans la limite de la différence entre le coût estimé de remplacement de ce bien à la clôture du même exercice et son prix de revient initial affectée d'un coefficient progressif. Ce coefficient est égal au quotient du nombre d'années d'utilisation du bien depuis sa mise en service sur sa durée totale d'utilisation*. ».

[510] BOI-BIC-PROV-30-30-20-10, du 16 sept. 2013, paragraphe 130.

[511] *Ibid*., paragraphe 260.

concessionnaire, comptabilisés en éléments d'actif[512] valorisables et que par ailleurs, ces mêmes biens, puissent être leur propriété sur la durée contractuelle.

210. Une dernière illustration concerne le traitement des subventions d'équipement. Si le concessionnaire est réputé avoir la charge de l'investissement, il n'est pas rare de voir les budgets publics intervenir pour partie au financement de la concession. En la matière, le concessionnaire récipiendaire de subventions d'équipements pourrait, au-delà du bénéfice de celles-ci, opérer un traitement fiscal qui lui est plus favorable. L'article 42 *septies* du code général des impôts prévoit que les entreprises peuvent, sur option, lisser dans leur bilan la subvention d'équipement afin d'étaler le rythme d'imposition des sommes perçues. Ainsi, le concessionnaire peut, pour la création ou l'acquisition d'une immobilisation amortissable, rapporter les bénéfices imposables « *en même temps et au même rythme que celui auquel l'immobilisation en cause est amortie* ».

211. Or, ce régime favorable ne peut être appliqué au concessionnaire. Les subventions d'équipement versées au concessionnaire pour la création et l'acquisition de biens de retour ne sont pas, au titre de l'impôt sur le revenu, des recettes imposables, « *et le concessionnaire ne pourrait déduire d'amortissement correspondant à la fraction du prix de revient financé au moyen de la subvention* »[513]. En parallèle, lorsque la subvention d'équipement est destinée à financer des biens non amortissables, l'entreprise est justifiée à rapporter « *par fractions égales au bénéfice imposable des années pendant lesquelles cette immobilisation est inaliénable aux termes du contrat accordant la subvention ou, à défaut de clause d'inaliénabilité, au bénéfice des dix années suivant celle de l'attribution de la subvention* ». Par exemple, les sols ou autres terrains acquis par voie de subvention peuvent, sur toute la durée contractuelle et par application du régime domanial, faire l'objet dudit étalement de l'imposition.

---

[512] P.C.G., art. 393-1)

[513] ALBERT (J.-L.), DÜRR (D.), « Le traitement fiscal des aides des collectivités locales », Ann. C.L., 1992, Vol. 12, n°12, p. 64.

Conclusion du chapitre I

212. L'analyse complète des incidences de la dévolution d'une activité économique est une opération délicate qui emporte des conséquences directes sur l'équilibre économique du projet de concession. Sa mise en place, si elle peut être négociée, ne peut justifier l'abandon pur et simple de la prérogative naturelle de la personne publique de diriger le contrat et de le contrôler. Les incidences que la qualification d'activité économique peut avoir sur le raisonnement financier de l'équilibre devraient influer sur les concédants et les responsabiliser dans l'exercice de valorisation de la concession. Par ce travail de fond, à réaliser en amont de la procédure de mise en concurrence, les personnes publiques auront l'opportunité de mieux dessiner les contours de l'équilibre économique et de mieux connaître son potentiel financier.

Chapitre II - Le droit d'exploiter contrepartie économique

213. Les contrats de concession, ou de délégations de service public[514], ne peuvent être identifiés par les seuls critères organique et matériel. La poursuite d'une activité de service public par un tiers n'est pas exclusive des seuls modèles de gestion externalisée. D'autres contrats, plus ou moins externalisants, peuvent faire participer un tiers cocontractant à la réalisation d'un service public, sans qu'il soit concessionnaire de service public.

214. L'insuffisance des critères matériels et organiques s'est posée à l'occasion des marchés d'entreprise de travaux publics (M.E.T.P.). Ces contrats avaient un double objet : la réalisation des infrastructures et équipements nécessaires à un service public, et la réalisation d'une prestation de service public. On le voit, la finalité de ce contrat était strictement similaire à celle des concessions de service public, ce qui a valu à nombre d'auteurs[515], de se poser la question de leur assimilation ou de leur différenciation. Pour distinguer ces deux contrats, le juge s'est fondé à plusieurs reprises sur le seul critère financier. Dans une affaire *ville de Colombes*, le juge considère que le contrat de concession de service public est un contrat par lequel le concessionnaire se rémunère directement sur les usagers[516].

215. Par la suite, dans la décision *S.I.M.A.*, le juge administratif a fait explicitement du critère de la rémunération, l'élément de définition des concessions de service public. Dans cette affaire, la ville de Toulon avait conclu un contrat pour la construction, la réalisation et l'exploitation d'une usine de traitement des ordures ménagères dénommée « concession ». Ce contrat, conclu pour une exploitation totale de trente ans, prévoyait que la ville « *devait rémunérer la société par une redevance payée chaque mois et qui était susceptible d'être révisée conformément à une formule de variation* ». La question était alors de savoir si le

---

[514] L'article L.1411-1 C.G.C.T. maintien la dénomination délégation de service public comme forme de *concession*.

[515] V. nota., GAUDEMET (Y.), « Le marché d'entreprise de travaux publics », *M.T.P.B.*, 23 déc. 1988, p. 44 ; BEZANÇON (X.), VAN RUYMBEKE (O.), « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession », *A.J.D.A.*, 1990, p. 813 ; DUFAU (J.), « Définition du marché d'entreprise de travail public », *A.J.D.A.*, 1994, p. 231 ; MELLERAY (F.), « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1260.

[516] C.E., 11 déc. 1963, req. n°55972, *Ville de Colombes*, *Leb.*, p. 612.

contrat, par son objet et ses modalités d'exécution[517], était une concession de service public ou alors si, par son mode de rémunération, il était un marché public. En l'espèce, le juge a considéré que, « *en raison du mode de remuneration ainsi retenu, la convention dont s'agit presentait le caractere non pas d'une concession de service public mais d'un marché d'entreprise de travaux publics* »[518].

216. Bien que cette analyse ait eu le mérite de la simplicité, elle conduisait à exclure nombre de contrats conclus aux risques et périls, du régime des concessions de service public. De plus, la qualification en concession ou délégation de service public des seuls contrats dont la rémunération est perçue sur les usagers s'est trouvée vite dépassée par la réalité de l'équilibre économique des conventions conclues par la personne publique. Ensuite, parce qu'il n'est que peu ou pas de contrats qui survivent à la seule perception de redevances sur les usagers du service public. La plupart des concessionnaires sont obligés de diversifier leur activité pour atteindre le point d'équilibre économique. De plus, si les recettes du concessionnaire doivent être « *substantiellement assurées par les résultats de l'exploitation* »[519], cela ne signifie pas qu'elles aient été substantiellement assurées par l'usager. Puis, et c'est là que le critère est le moins pertinent pour définir les contrats « de délégation de service public », *la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* n'est ni autonome ni suffisante. Elle n'est pas autonome car elle a été constamment et parfois à tort, rapprochée de la notion de risques et périls. Mais aussi insuffisant, car si le contrat prévoit une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, mais n'a pas pour objet le service public[520], il n'est pas une délégation de service public. C'est ainsi que les contrats contrats de concessions de travaux publics ou d'occupation domaniale demeuraient des *marchés publics*[521] malgré un mode de rémunération identique aux délégations de service public

---

[517] « *D'un point de vue économique, la différence était donc très mince avec un mécanisme de redevances perçues par le titulaire du marché sur les usagers. L'apparence comptable doit-elle prévaloir sur la réalité économique pour la définition de la notion de concession ?* », BETTINGER (C.), *préc.*,p. 146.

[518] C.E., Sect., 26 nov. 1971, req. n°75710, *Leb.*, p. 723 ; *A.J.D.A.*, 1971, p. 649.

[519] C.E., 15 avril 1996, req. n°168325, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc*, *R.F.D.A.*, 1996, p. 715, concl. CHANTEPY et note TERNEYRE ; *A.J.D.A.*, 1996, p. 806, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.), *C.J.E.G.*, 1996, p. 270, note SAVIGNAT (R.).

[520] Or, la direction *concession*s s'applique aujourd'hui à tous les services et tous les travaux, et non aux seuls services publics ou travaux publics. La présence d'un transfert de risque suffit à la qualification en *concession*.

[521] C.E., Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *A.J.D.A*, 2006, p.120 ; *R.F.D.A.*, 2006, p. 1083, concl. CASAS (D.).

217. Par ailleurs, l'homogénéisation progressive des contrats passés par les États membres dans le cadre du droit européen de la concurrence, a poussé les pouvoirs adjudicateurs à s'approprier une notion plus globale de *droit d'exploiter le service*. Cette notion, parce qu'elle inclut tous les droits exclusifs accordés au titulaire du contrat pour accomplir sa mission d'intérêt général[522], rend inadapté le recours à la notion de rémunération perçue sur les usagers pour identifier le modèle concessif[523]. Le droit d'exploiter[524], ou celui-ci est assorti d'un prix, permet de vérifier un critère fondamental, celui du risque économique. Ce risque, largement mis de côté par la référence au seul mode de rémunération[525], est, aujourd'hui[526], le critère essentiel de la concession et l'élément par lequel se construit l'équilibre[527].

218. En l'occurrence, le droit d'exploiter, en tant que contrepartie économique extraite du service, est inévitablement composée de redevances liées au service public (*Section 1*). Aussi, puisque le droit d'exploiter est littéralement une autorisation à percevoir des recettes multiples et variées par l'exploitation du service, la valeur de la concession, telle que demandée par la directive 2014/23/UE[528], doit en tenir compte. Dès lors, bien qu'elles puissent avoir un lien plus ou moins ténu avec le service public, les recettes accessoires ou annexes, sont des éléments de valorisation de l'exploitation à ne pas négliger dans l'équilibre économique de la convention (*Section 2*).

Section 1 - La mutation du mode de rémunération

219. Le commissaire du gouvernement CHARDENET a défini le contrat de concession comme celui « *qui charge un particulier (...) d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subventions, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public*

---

[522] C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *préc.*

[523] C.J.C.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, point 34, *Rec. C.J.C.E.*, I-412 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 167 et p. 1117, chron. BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.).

[524] C.E., 10 avril 1970, *Sieurs Beau et Lagarde*, *Leb.,* p. 243 ; C.E., 11 déc. 1963, *Ville de Colombes*, *Leb.*, p. 612.

[525] V. LLORENS (F.), *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, Liber amicorum J. Waline, Dalloz, 2002, p. 314

[526] Notons que Édouard LAFFERRIÈRE définissait, dès la fin du 19ème siècle, la concession par son droit d'exploiter sans référence automatique à une *typologie* de rémunération, *préc.*, p. 118.

[527] Directive 2014/23/UE, Art. 5.

[528] Art. 8.

avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public »[529]. Cette définition classique de la concession a fait un lien économique entre redevances percues sur les usagers[530] ou tous bénéficiaires du service public. Aussi, nombre d'ouvrages ont fait de la concession, puis de la délégation de service public, des contrats par lesquels le cocontractant se rémunère par les usagers du service. On peut lire en ce sens que « *dans les marchés publics, la rémunération du cocontractant est assurée par le versement d'un prix* (…). *Dans une délégation ou une concession, la rémunération vient des recettes d'exploitation, autrement dit de l'usager* »[531]. Par la suite le juge a repris le critère de la rémunération pour définir les contours des conventions de délégation de service public dans un arrêt *S.A. SOCEA-BALENCY (SOBEA)*[532]. Ainsi, lorsque le « *contrat ne comporte pas de redevance perçue sur les usagers et constitue un prix versé par le syndicat ; (...) il ne peut dès lors s'agir d'un contrat d'affermage ni d'une concession* ». On considère, alors, que la redevance perçue sur l'usager en contrepartie du service rendu, est la recette de principe de la concession de service public[533] (**§1**).

220. Si cette appréciation économique du contrat de concession n'est certes pas inexacte, elle s'avère toutefois incomplète. Deux critiques peuvent ici être formulées. En premier lieu, nombreux sont les contrats de concession qui ont un régime financier hybride ; le concessionnaire a pour premières recettes, les recettes tirées de l'exploitation du service public, mais ses ressources financières, elles, sont plus diversifiées. Il peut, en outre, réaliser des activités accessoires ou annexes, qui peuvent ou non viser l'usager du service public.

221. Puis en second lieu, l'usager du service n'est pas le seul redevable de la redevance pour service rendu. S'il est bien le bénéficiaire du service, il n'est pas nécessairement celui sur qui pèse la contrepartie financière. Au contraire, le service public, en tant que vecteur de l'intérêt général, impose la prise en compte de missions particulières, telles que la cohésion sociale, l'égalité ou l'accessibilité pour tous. Ces missions sont autant d'obligations déconnectées des

---

[529] C.E., 30 mars 1916, *Leb*. p.125, *préc.*

[530] C.E., 23 mai 1936, *Commune du Vésinet c. Société du gaz Franco-Belge*, *Leb.*, p. 591, *Rev. Concessions*, 1936, p. 201.

[531] YOLKA (P.), *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 2013, p. 66.

[532] C.E., 14 oct. 1988, req. n°68583, *S.A. SOCEA-BALENCY (SOBEA)*, inédit.

[533] T.A. Paris, 27 juin 2000, *Centre cardiologique du Nord*, *B.J.D.C.P.*, 2001, n°14, p. 43-47, concl. CELERIER (T.), obs. SCHWARTZ (R.) ; *L.P.A.*, 26 janv. 2001, p. 9, note FRAISSEIX (P.).

aspérités financières du concessionnaire[534]. Or, cette déconnexion entre le coût du service pour l'usager et le coût du service pour l'exploitant, induit une prise en charge, participative ou totale, par la collectivité (**§2**).

Paragraphe 1 – La redevance perçue sur l'usager, composante basique du droit d'exploiter

222. Dans un contrat de concession, le droit financier du cocontractant octroyé pour parvenir à l'équilibre et se rémunérer par l'exploitation, est principalement établi par la fixation des tarifs de l'exploitation. Ce mode de financement par l'exploitation du service public s'accorde avec le droit budgétaire et consolide le lien unique entre le concessionnaire et ses usagers. Par le tarif, l'usager paie directement au concessionnaire la contrepartie du service que ce dernier lui rend. On parle ainsi de redevance qui fait de la relation concessionnaire/usager, une relation proche de celle de fournisseur/client[535].

223. Nonobstant, la jurisprudence du Conseil d'État considère que « *toute redevance demandée à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage* » est une rémunération pour service rendu ou une *redevance pour service rendu*[536]. On le voit, par ces précisions, le juge a entendu faire de la redevance pour service rendu une catégorie partiuclière de redevance avec des contraintes précises. Il s'agit, pour les parties qui négocient les tarifs, de le faire dans un cadre limité où le coût du service public ne peut être que proportionnel à la prestation fournie à l'usager[537] (A).

---

[534] « *Les politiques tarifaires propres à la notion de service public tendent à exclure le prix du service du cadre économique, y compris, et surtout pour les services publics industriels et commerciaux* », NICINSKI (S.), *L'usager du service public industriel et commercial* », L'Harmattan, p. 387.

[535] BARBIER (C.), « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *J.C.P.G.*, 18 Janvier 1995, I, p. 3816.

[536] C.E., Ass., 21 nov. 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, *Leb.*, p. 572 ; Cons. constit., du 24 oct. 1969, décision n°69-57 L D.C, relative à la nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1969 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique, *Rec.*, p. 32 ; V. Étude du Conseil d'État, *Redevances pour service rendu et rendevances pour occupation du domaine public*, 24 oct. 2002, La documentation française. V. aussi, pour une distinction sur le plan fiscal de l'impôt, la taxe et la redevance, ALBERT (J.-L.), SAÏDJ (L.), *Finances publiques*, Dalloz, 7ème éd., p. 115 et s.

[537] C.E., 30 sept. 1996, req. n°156176, 156509, *Société Stéphanoise des eaux*, Leb., p. 355.

224. Aussi, la redevance fait preuve d'une certaine élasticité d'application. Si elle est le mode de financement privilégié des services publics industriels et commerciaux, elle est aussi un mode de financement des services publics administratifs concédés[538]. Les caractéristiques de la redevance permettent une individualisation du tarif en fonction de la valeur économique et sociale du service rendu pour l'usager. C'est ce que la jurisprudence entend par différences objectives de situation, justifiant des pratiques tarifaires hétérogènes[539] (B).

A. Une tarification proportionnelle au service rendu

225. Le professeur S. NICINSKI donne deux approches de la proportionnalité entre les coûts et le service rendu à l'usager[540]. La première est une approche *qualitative* où le prix payé par l'usager doit être la contrepartie effective d'une prestation de service public qui lui est fournie. La seconde est une approche *quantitative* où le prix payé par l'usager doit correspondre, plus ou moins strictement, aux coûts induits pour l'exploitation du service. On aboutit alors à deux conclusions. La redevance pour service rendu est strictement proportionnelle dans son approche *qualitative* (1), mais ne peut être que raisonnablement proportionnelle dans son approche *quantitative* (2).

1. Une redevance strictement proportionnelle au service rendu

226. La notion de redevance pour service rendu est, avant d'être une rémunération, la contrepartie du service rendu à l'usager. Ce dernier paie la prestation dont il bénéficie. En droit fiscal, cette particularité permet de distinguer la redevance d'une taxe fiscale[541]. Le juge, dans sa célèbre décision *Société stéphanoise des eaux*[542] rappelle que « *l'institution de redevances à la charge des usagers sans que celles-ci trouvent leur contrepartie directe dans les prestations fournies par le service, est entachée d'une erreur de droit* ». Dans cette affaire, la ville de Saint-Étienne et son concessionnaire avaient trouvé un accord pour la revalorisation du tarif de consommation d'eau. La raison de l'avenant modificatif était de permettre à la ville de réaliser des recettes externes, reversées au budget général. De prime abord, si le budget général ne peut en principe abonder les budgets de S.P.I.C., rien n'interdit

---

[538] V. DE GAUDEMAR, « La dépénalisation du stationnement payant des véhicules sur la voie publique », *préc.*

[539] C.E., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Leb., p. 151.

[540] NICINSKI (S.), *préc.*, p. 395 à 405.

[541] T.C., 28 juin 1965, *Demoiselle Ruban*, *Leb.*, p. 816. V. BETTINGER (C.), *préc.*, p. 150 à 153.

[542] C.E., 30 sept. 1996, req. n°156176, 156509, *Leb.*, p. 355.

le financement du budget général par des activités lucratives et rentables. Or, ces versements doivent, d'une manière ou d'une autre, être la contrepartie d'une prestation qui bénéficie ou bénéficiera, aux usagers prélevés[543]. Tel n'était pas le cas ici. Car « *le paiement à la ville par le concessionnaire de sommes sans relation avec la valeur des prestations qui lui sont fournies par la ville, notamment en ce qui concerne les droits d'usage des installations concédées, les loyers ainsi que divers redevances au bénéfice de la* commune » ne trouvait aucune « *contrepartie directe dans les prestations fournies par le service* » et ne pouvait être répercuté régulièrement sur les usagers dans le tarif.

227. En d'autres termes, le tarif ayant une valeur réglementaire[544] pour l'usager, ce dernier est fondé à en contester le montant[545] devant le juge administratif lorsque le coût du service ne correspond pas à l'ensemble des charges directement imputables au fonctionnement et à l'équipement du service public. Ce coût est calculé « *en fonction de l'importance du service rendu* »[546], qui comprend notamment les charges liées à la maintenance, à l'entretien, au renouvellement des biens[547], et les coûts de mutation du service.

228. Or, il est difficile dans certains montages complexes de distinguer ce que constitue la contrepartie directe du service rendu. Le montage financier peut opérer des confusions entre les coûts et les redevances dues par les usagers. À l'occasion d'un contentieux relatif à l'éclairage public de la ville de Grenoble[548], le Conseil d'État a eu à connaître du contenu de la redevance prélevée par le concessionnaire. En l'espèce la rémunération du concessionnaire était construite sur deux recettes. L'une se fondait sur une redevance pour le service d'éclairage public ; l'autre sur un avantage en nature correspondant à la fourniture gratuite, par la collectivité, de l'énergie nécessaire au fonctionnement du réseau concédé. Pour financer ce mécanisme, les abonnés du service d'électricité et de gaz se voyaient prélever un supplément tarifaire. Or, la question qui se posait était de savoir si les tarifs avaient été

---

543 V. NICINSKI (S.), *préc.*, p. 400.

544 T.C., 15 janv. 1958, *Époux Barbier*, *Leb.*, p. 789, concl. KAHN (J.) ; *A.J.D.A.*, 1968, I, p. 225.

545 C.E., Ass., 30 oct. 1996, req. n°136071, *Mme Wajs et Monnier*, *Leb.*, p.387.

546 C.E., 4 juin 1986, req. n°44988, *Association des propriétaires des terrains pour les loisirs en Oléron c. SIVOM d'Oléron*, *Leb.*, p. 431 ; C.E., 8 juill 1991, req. n°77622, *Commune de l'Ecaille*, mentionné aux tables.

547 COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la république suivi des réponses des administrations et organismes intéressés, Décembre 2003, p. 29 et 47.

548 C.E., 31 juill. 2009, req. n°296964, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble (GEG)*, *R.J.E.P.*, 2010, n°673, comm. 13, p. 22, concl. BOULOUIS (N.).

déterminés en prenant en compte la seule *« contrepartie directe dans le service rendu aux usagers* ». Le juge a estimé que le calcul tarifaire outrepassait la contrepartie directe du service rendu aux usagers. Ces derniers supportaient, au-delà du coût du service, une charge correspondant au « *fonctionnement du service d'éclairage public de la ville de Grenoble et de son entretien courant* », ce qui *« constitue une dépense distincte de celle de la distribution aux usagers du gaz et de l'électricité* ».

229. Par ailleurs, dans cette affaire, la question de la participation aux bénéfices par les usagers était plus simple à éluder. La redevance versée est déjà, en tant que rémunération, le moyen donné au concessionnaire de réaliser un bénéfice, tout du moins, de réaliser un retour sur investissement. Ainsi, ne correspond à aucune contrepartie directe pour l'usager, la part qu'il supporte, et qui correspond à une participation aux bénéfices du concessionnaire[549]. Cela vaut aussi pour la part qu'il supporterait pour constituer l'intéressement à l'activité de la collectivité concédante. L'absence de correspondance avec une quelconque prestation est un facteur d'espérance réduite de l'usager de voir lui être appliqués, dans des bonnes conditions d'exploitation, « *des tarifs moins élevés* »[550].

230. En définitive, le juge a fait de la proportionnalité entre redevance et contrepartie, une exigence d'équivalence qualitative stricte afin de protéger l'usager de certains cavaliers financiers qui pourraient composer le tarif du service public et dont la nature se rapprocherait intangiblement d'une taxe ou d'une imposition[551].

2. Une redevance raisonnablement proportionnelle aux coûts du service rendu

231. L'équivalence entre coût et prix du service est très difficile à tenir même lorsque les conventions définissent intelligiblement les composantes tarifaires. Le prix pratiqué dans les services publics est un prix dont l'objectif dépasse la seule cohérence entre coût du service et

---

[549] « (…) *on vous indique que ces sommes correspondent également à une « participation aux résultats », ce qui ne laisse pas de surprendre s'agissant d'une délégation de service public* », *Ibid.*, BOULOUIS (N.), concl.

[550] *Ibid.*

[551] C.J.C.E., 17 mai 2001, *T.N.T. Traco SpA c. Poste Italiane SpA*, *préc.*, point 48. En l'occurrence, la rémunération versée à un gestionnaire pour un service qu'il ne preste pas, doit être justifiée eu égard aux sujétions qu'il supporte et aux exigences d'équilibre économique dudit service. Mais, dans cette circonstance, la rémunération est qualifiée de droit de nature fiscale et non de redevance pour service rendu.

tarif pratiqué. Il s'agit non pas d'avoir des tarifs exacts, mais des tarifs sincères[552] qui permettent au concessionnaire de couvrir ses coûts[553] augmentés d'une marge nette bénéficiaire[554] ou son *bénéfice raisonnable*[555]. Concrètement, les parties doivent démontrer que les charges qu'ils entendent couvrir par le tarif sont biens celles du service ; puis, le concessionnaire doit montrer un effort de rationalisation de ses coûts pour que les tarifs pratiqués soient suffisamment attractifs et cohérents avec les prix et les marges acceptés par le marché[556].

232. En outre, cette question de l'équivalence entre le coût et le prix ne vaut véritablement que dans le cadre d'un service public industriel et commercial. En effet, seuls ces derniers sont normalement astreints à respecter un équilibre budgétaire sans subventionnement. Tel n'est pas le cas des services publics administratifs concédés ; l'objet social de ces services conduit couramment à ce que le tarif soit plus bas que celui qu'il aurait dû être s'il avait pris en compte tous les coûts induits par son fonctionnement.

233. De plus, l'équivalence ne peut être techniquement respectée par les méthodes d'évaluation retenues par les cocontractants dans la plupart des conventions. En premier lieu, les tarifs sont négociés mais le choix dans la définition du coût de référence peut différer

---

[552] HERZOG (R.), « Le prix du service public », *A.J.D.A.*, 1997, p. 55.

[553] Selon Joseph SCHUMPETER, cette différence constitue le profit de l'entrepreneur, v. SCHUMPETER (J. A.), *Théorie de l'évolution économique. Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture* (1911), Dalloz, 1999, Chapitre IV, Profit et Plus-Value, p. 7.

[554] Dans ses conclusions sous l'affaire *Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*, le commissaire du gouvernement CHARDENET expliquait ainsi que « *lorsqu'il s'agira de la concession du service de l'éclairage au gaz, le concessionnaire fera à ses frais tous les travaux de canalisation et il fournira le gaz. Il sera rémunéré par le droit que la commune lui cède de percevoir sur les particuliers des redevances qui dépasseront le prix marchand du gaz fourni* », *préc.*, p. 128.

[555] V. *Infra*, Seconde partie, Titre II, Chapitre 1. C'est en ce sens que la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen, dispose que « *La redevance* (versée en contrepartie des services rendus aux voyageurs) *est destinée à compenser les obligations de service public de l'autorité dans le cadre de contrats de service public attribués conformément au droit de l'Union. Le montant obtenu au titre d'une telle redevance et payé en guise de compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public concernées, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* », Art. 12. V. aussi, ARAFER, Avis n° 2017-039 du 29 mars 2017 portant sur les redevances relatives aux prestations régulées fournies par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs pour l'horaire de service 2018.

[556] C.J.C.E., 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie c. Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E*, p. I-03359 ; C.J.U.E., gde ch., 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark A/S, Europe*, n°5, Mai 2012, comm. 196, IDOT (L.).

selon les conventions. Parle-t-on de coût marginal, de coût de développement, de coût moyen ou enfin de coût unitaire de prestation ? On le voit, la construction du tarif des services publics est faiblement transparente. L'opacité du calcul accroit sensiblement les risques de dérives[557] et, *in fine*, de déconnexion entre le coût et le service rendu[558]. Le Conseil d'État, dans son étude sur les redevances, estime que « *cette complexité explique que, dans les faits, les fournisseurs de services publics déterminent le tarif des redevances avec une connaissance du coût du service d'autant plus faible que les sommes en cause font figure de recettes accessoires dans leur budget* »[559].

234. Un exemple révélateur est celui de l'arrêt *Montgeron*[560]. Le juge relève que le tarif des redevances a été fixé selon « *le prix de revient du service fourni* »[561]. Or, le tarif lorsqu'il est calculé selon le coût de revient de la prestation, « *semble exclure la valeur de celle-ci* »[562]. La construction du coût est alors incomplète, et ne prend pas en compte l'ensemble des avantages économiques ou fonctionnels que le service rend à l'usager[563]. Par ailleurs, d'autres jurisprudences ont permis aux redevances d'être évaluées, non pas en fonction de leur strict

---

[557] Par ailleurs, l'ARAFER alerte sur la déconnexion entre les coûts présentés par les concessionnaires d'autoroute et les coûts moyens constatés sur le marché pour réaliser les programmes d'investissements. Ainsi, l'autorité remarque de manière générale une déconnexion manifeste conduisant à des programmes d'investissement onéreux sans explications probantes. Elle remarque par exemple que certains investissements ont un coût prévisionnel supérieur de 75% à 200% de la fourchette moyenne tirée du marché, v. Avis n°2017-054, p. 14, §87.

[558] Sur cette question v. pour le service de l'eau et de l'assainissement, GUERIN-SCHNEIDER (L.), NAKHLA (M.), « Le service public d'eau délégué : du contrôle local des moyens au suivi de la performance », *P.M.P.*, vol. 18, n°1, 2000, p. 105-123. Il peut y être lu que « *Le déséquilibre d'information s'exprime également en termes de partage des compétences. Bien souvent, les élus sont peu en mesure d'évaluer la pertinence des informations communiquées, voire même de formuler exhaustivement et précisément ce qu'ils attendent de leur service : "Comment traduire en pratique le principe de continuité du service ?", "Qu'est-ce qu'un rendement de réseau acceptable ?", "Est-ce que l'introduction d'une nouvelle technologie de surveillance du réseau est justifiée, et à quel coût ?"... Le regard de l'expert est nécessaire pour répondre à de telles questions* », p. 109.

[559] CONSEIL D'ÉTAT, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, Section du rapport et des études, 24 oct. 2002, Paris : La documentation française, 2003, p.40.

[560] C.E., 2 avr. 1997, req. n°124883, *Leb.*, p. 779.

[561] En palliatif, nous pouvons relever le rapport de l'ADEME pour un référentiel national des coûts du service public de gestion des déchets, dernière édition en 2015.

[562] NICINSKI (S.), *préc.*, p. 403.

[563] V. sur ces questions BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, L.G.D.J., 2015, p. 321 et s.

coût, mais en fonction de « *la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire* »[564]. Il s'agit alors de la « *valeur marchande* »[565] du service qui prend ici en compte l'importance économique du service pour l'usager. D'autres illustrations du coût peuvent se manifester sous la forme du *coût de revient, du coût global, de la prise en compte du coût moyen pondéré du capital, ou encore du coût réel*.

235. Enfin, le prix de la redevance renvoie directement au droit européen et au droit de la concurrence. Face au droit européen des aides d'État, le prix de la redevance doit être le reflet de la complétude du coût, y compris les coûts engendrés par les obligations de service public, et les coûts supportés effectivement par le gestionnaire récipiendaire de compensations d'obligations de service public augmentés de son bénéfice raisonnable. La déconnexion entre le tarif de la redevance et ces coûts analytiques, révèlent la présence d'une surcompensation prohibée par la jurisprudence et le droit des aides d'État[566]. De plus, pour être en phase avec le marché, le prix se doit d'être fixé en fonction du coût moyen incrémental - fondé sur une analyse comparative - lorsque le gestionnaire bénéficie d'une aide publique ou gère une ressource/infrastructure essentielle[567]. Face au droit de la concurrence, le raisonnement vaut aussi quant aux prix pratiqués et aux droits exclusifs accordés au gestionnaire pour arriver à ce prix. De manière constante, le juge européen exige que les tarifs du gestionnaire doivent être ceux du marché, tant sur la construction des coûts que pour la valeur du service par rapport à l'offre et la demande. Si les tarifs manifestent des « *des prix non équitables ou disproportionnés par rapport à la valeur économique de la prestation fournie* »[568], le gestionnaire est réputé abuser de sa position dominante.

---

[564] C.E., Ass., 16 juill. 2007, req. n°293229, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, *Leb.*, p. 349. Aussi, v. DREYFUS (J.-D.), « Les redevances pour services rendus peuvent être calculées en prenant en compte le chiffre d'affaires », *A.J.D.A.*, 2009, p. 2480.

[565] ZIANI (S.), « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *Dr. adm.*, n°5, Mai 2011, étude 10.

[566] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.* 2003, p. I-07747.

[567]C.J.C.E., 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie c. Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E*, p. I-03359 ; C.J.U.E., gde ch., 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark A/S, Europe*, n°5, Mai 2012, comm. 196, IDOT (L.) ; V. aussi, DECOCQ (G.), « Nouveau rebondissement dans la saga des vedettes vendéennes », *C.C.C.*, n°3, mars 2013, comm. 60.

[568] C.J.C.E., 5 oct. 1994, aff. C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5077, point 25 ; C.J.C.E., 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *GT-Link, Rec. C.J.C.E.*, p. I-4449, point 39.

236. En second lieu, les stipulations conventionnelles prévoient systématiquement et obligatoirement[569] des formules d'établissement ou de révision des tarifs dont les composantes et indices sont, par nature, antinomiques avec la réalité du coût du service. Ces formules peuvent prendre en compte des probabilités conjoncturelles et environnementales, comme l'indexation sur des valeurs qui sont, ou non, effectivement réalisées[570]. La Cour des comptes[571] et l'Autorité de la concurrence l'ont relevé, parmi les mauvaises pratiques des contrats de concession du service autoroutier. Ainsi, l'indexation automatique des tarifs à péage sur l'inflation (hors tabac), a permis de générer « des rentes » au profit des sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA)[572].

237. Cette hétérogénéité de l'emploi d'un type de coût est par ailleurs faiblement sensible au contrôle juridictionnel. Le juge se limite ici à l'erreur manifeste d'appréciation[573]. Ainsi, si la redevance constitue « *un prélèvement dont le produit excède très largement les dépenses du service* [il] *ne peut être regardé que comme une taxe* »[574]. De cette manière, toute forme de

---

[569] C.G.C.T., ex-art. L.1411-2 ; Ord.n°2016-65 du 29 janvier 2016, Art. 32.

[570] V. HERZOG (R.), « Le prix du service public », *préc.* L'auteur parle de « *l'imperfection des prix publics* » et de la disparité tarifaire qu'il peut exister puisque l' « *une des distinctions majeures dans les prix des services publics est celle qui se fonde sur le degré de sophistication du calcul pour déterminer leur montant.* ».

[571] Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, Juillet 2013, p. 82 et s.

[572] « (…) *l'indexation du prix du tarif des péages sur l'inflation, à l'exclusion de toute autre variable, n'apparaît pas pertinente car elle ne tient pas compte des coûts des SCA (lesquels sont par ailleurs essentiellement des coûts fixes évoluant selon d'autres variables que l'inflation) et ce, en contradiction avec les règles législatives applicables (...). De plus, l'indexation automatique sur les prix est en principe interdite par l'article L. 112-1 du code monétaire et financier, même si la loi n° 2013-431 du 28 mai 2013 portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports a sécurisé cette indexation en instaurant une exception taillée sur mesure pour les SCA (...). Enfin, la tarification actuelle présente une dernière limite en ce qu'elle ne couvre pas nécessairement le coût marginal d'usage, cette modalité étant d'ailleurs recommandée par la Commission européenne, notamment pour le transport ferroviaire* ». AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, p. 93, paragraphe 403.

[573] C.E., 17 nov. 1978, *Société Établissements Geismann frères*, *Leb.*, p. 447 ; C.E., 2 nov. 1987, *Mausier*, *Leb.,* p. 341.

[574] C.E., 16 mai 1941, *Toublanc*, *Leb.*, p. 91, *S.*, 1942-3, p. 7.

redevance[575] peut être envisagée dès lors qu'elle présente « *un lien suffisant* »[576] avec le tarif prescrit[577].

238. Contrairement à la proportionnalité dite *qualitative*, on ne peut conclure que le coût du service doive (ou même puisse) être l'équivalence stricte du service rendu. Cela s'explique autant par le fait que le tarif doit réserver une marge bénéficiaire au concessionnaire, que par le fait que le contenu même du service rendu[578], s'il prenait en compte le coût réel du service, rebuterait certaines catégories d'usagers, ce qui contrevient à l'objectif d'égalité et d'accessibilité des services publics.

B. Une tarification adaptée au service rendu

239. La tarification du service public est un moyen économique qui permet de retranscrire matériellement, les obligations de service public. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne l'égalité du service public. Le principe d'égalité, loi du service public, a un double champ d'application. Il est autant une obligation d'égalité de traitement des usagers dans le service public, qu'une égalité tarifaire déclinée en sous-objectifs à caractère financier (1). Par

---

[575] Prix fixe, abonnement, forfaits, etc.

[576] CE, 6 mai 1985, *Commune de Pointe-à-Pitre c. Martin*, mentionnés aux tables, p. 557.

[577] On retrouve une interprétation similaire de la Cour de Justice de l'Union européenne dans son analyse des subventions « complément de prix ». Dans son avis préjudiciel *SARL Le rayon d'Or*, la Cour retient qu'une subvention est un complément de prix assujettie à T.V.A. de par son caractère potentiel et déterminable. En l'occurrence, « *la prestation de services en cause se caractérise, notamment, par la disponibilité permanente du prestataire de services de fournir, le moment venu, les prestations de soins requises par les résidents, il n'est pas nécessaire, afin de reconnaître l'existence d'un lien direct entre ladite prestation et la contrepartie obtenue, d'établir qu'un paiement se rapporte à une prestation de soins individualisée et ponctuelle effectuée à la demande d'un résident* », C.J.U.E., Avis, 27 mars 2014, aff. C-151/13, *Dr. fisc.*, 28 mars 2014, n°13. V. aussi, C.J.C.E., 21 mars 2002, aff. C174/00, *Kennemer Golf & Country Club c. Staatssecretaris van Financiën*, *Rec. C.J.C.E.*, 2002, p. I-03293.

[578] Un arrêt récent soulève toutefois quelques interrogations quant à l'avenir du principe d'équivalence. Dans une affaire opposant la communauté urbaine du Grand Dijon et les sociétés Q park, Indigo et autres, le Conseil d'État a validé une convention de délégation de service public « de la mobilité urbaine ». La convention visait à confier la gestion du transport urbain, de parcs de stationnement, d'ilôts de location de vélo, et de mise en fourrière à un seul délégataire. Or, et telle était la position du juge de premier instance, peut-on se posait la question de l'équivalence entre coût et prestation pour l'usager qui n'utilise pas l'ensemble de ces « différents » services. L'équilibre financier est, ici, apprécié de manière globale, sans sectorisation par activités et sans identifiation stricte entre les flux. V. C.E., 21 sept. 2016, req. n°399656, *Communauté urbaine du Grand Dijon*, *B.J.C.P.*, n°109, Novembre-Décembre 2016, p. 444 à 451, concl. PELISSIER (G.), obs. SESTIER (J.-F.).

ailleurs, bien qu'aucun principe ne l'affirme, la gratuité est aussi présente dans les services publics « solidaires » que dans les services publics industriels et commerciaux (2).

1. L'égalité tarifaire

240. L'égalité, principe à valeur constitutionnelle[579], est une notion capitale[580], dogmatique, du fonctionnement des services publics[581]. L'égalité reflète l'autorité publique, conférant au service sa principale particularité face aux activités gérées communément par la sphère privée. Le principe d'égalité est « *la substance* » même du service public qui s'exprime par les clauses de la concession censées en garantir une effectivité optimale[582]. En pratique[583], l'égalité est souvent associée au tarif du service public. Certains auteurs en font ainsi le seul vrai[584] vecteur de l'égalité[585] dans le service public. Il se matérialise dans les redevances par une modulation asymétrique du tarif[586], selon les usagers et selon le service.

---

[579] Cons. constit., 27 déc. 1973, déc. n°73-51 D.C., Lois de finances pour 1974 dite « Taxation d'office », R.D.P., 1974, p. 531 et 1099, note PHILIP (L.) ; la décision fait référence « *au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* » ; Cons. constit., 12 juill. 1979, déc. n°79-107 D.C., Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales dite « Ponts à péage », *R.D.P.,* 1979, p. 1691, note FAVOREU (L.) ; *A.J.D.A.,* 1979, p. 38, note DE LAUBADÈRE (A.) ; le juge constitutionnel déduit du principe d'égalité devant la loi « *son corollaire, celui de l'égalité devant les charges publiques* ». C.E., Ass., 14 janv. 1938, req. n°51704, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, *G.AJ.A.*, n°50, *Leb.* 1938, p.25.

[580] « *De l'égalité en droits et de l'égalité devant la loi découle l'égalité devant et dans les services publics* », GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), *Droit du service public,* 3ème éd., 2011, p. 557.

[581] Selon la jurisprudence *Société des concerts du conservatoire*, l'égalité est un principe « *qui régit le fonctionnement des services publics* », C.E., 9 mars 1951, *Leb.*, p. 151.

[582] « *Pour garantir des services de transport suffisants, compte tenu notamment des facteurs sociaux, environnementaux et d'aménagement du territoire, ou en vue d'offrir des conditions tarifaires déterminées en faveur de certaines catégories de voyageurs, les autorités compétentes des États membres peuvent conclure des contrats de service public avec une entreprise de transport.* », C.J.C.E., 24 juil. 2003, affaire C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. C.J.C.E.* 2003 p. I-07747, point 6.

[583] « (…) *la plupart des arrêts et conclusions évoquent la question de l'égalité de l'accès au service pour relever les conséquences de différenciations tarifaires* », GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), *Droit du service public, préc.*

[584] Voir à cet égard, BARBIER (C.), *préc.*

[585] Au regard de sa jurisprudence, le Conseil d'État l'a confirmé, C.E., Sect., 29 déc. 1997, req. n°157425 et 157500, *Commune de Genevilliers, Commune de Nanterre*, *Leb.*, p. 499., sans pour autant faire du traitement différencié un droit acquis aux usagers du service public, C.E., Ass., 28 mars 1997, req. n°179049 179050 179054, *Société Baxter*, *Leb.* p. 115. De plus, l'égalité tarifaire est une des premières requêtes des usagers du service public, C.E., 25 juin 1948, *Société Journal L'Aurore*, *Leb.* 1948, p. 289.

[586] Le tarif ne peut être supérieur au coût du service, mais peut lui être inférieur, C.E., 3 déc. 1996, *OPHLM de la ville de Paris c. Commissaire de la République de la région Île-de-France*, *Leb.*, p.412.

241. L'égalité tarifaire se distingue par plusieurs volets d'application. Le premier volet est la fonction de cohésion sociale de l'égalité tarifaire. Cela a été consacré par le Conseil d'État dans l'arrêt *Denoyez et Chorques*[587]. La « *fixation de tarifs différents* » est envisageable lorsque la situation des usagers n'est pas uniforme[588]. Pour cela, l'autorité publique doit démontrer l'existence soit de « *différences de situation objectives* »[589] soit d'une « *nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation* ». Par ce moyen, la collectivité peut, au regard des particularités locales, pratiquer un tarif du service public différent mais toujours proportionnel à la « *la différence objective des situations* »[590]. Tel est le cas pour les usagers qui sont, géographiquement, dans des situations différentes. Par exemples, la qualité de résidents justifie un tarif préférentiel pour le service de transport par bacs[591], pour la restauration scolaire, ou encore pour le service de crèche municipale[592].

242. Le deuxième volet est que l'égalité tarifaire a une fonction de rationalisation des prix et d'accessibilité tarifaire. Le livre vert sur les services d'intérêt général reprend ces notions et les consacre en obligations de service public. La communication de la Commission précise ici que « *la notion de caractère abordable des tarifs a été définie dans le cadre de la réglementation des services de télécommunications. Elle a ensuite été introduite dans la réglementation relative aux services postaux. Il en découle qu'un service d'intérêt économique général doit être offert à un prix abordable pour être accessible à tous. L'application de ce principe d'accessibilité tarifaire contribue à la cohésion économique et sociale de l'Union européenne* »[593]. Par cette exigence de prix abordables, les États membres sont autorisés dans des situations permettant un plus grand accès aux services dans l'Union européenne, de

---

[587] C.E., Sect., 10 mai 1974, req. n°88032 88148, *Denoyez et Chorques*, *Leb.* 1974, p. 274.

[588] V. RICHER (L), *La concession en débat*, *préc.*, p. 95.

[589] Tel n'était pas le cas pour les tarifs « bleu, jaune et vert » pour la vente d'électricité, C.E., 22 oct. 2012, req. n°332641, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, *A.J.D.A*, 2013, p. 126, comm. LAFAILLE (F.).

[590] GRUSON (C.) (dir.), COHEN (J.), *Tarification des services publics locaux*, Rapport du ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation – Direction générale des collectivités locales, Paris : La documentation française, coll. « Rapports officiels », Février 1983, p.64 ; C.E., 12 juill. 1995, req. n°147947, *Commune de Maintenon*, *Leb.*, p. 305.

[591] C.E., Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *préc.* ; Avant son abrogation, L. 12 juillet 1979, relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, *J.O.R.F.*, 13 juill. 1979, p. 1822.

[592] C.E., Sect., 13 mai 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège*, *Leb.,* p. 315 ; C.E., 20 janv. 1989, req. n°89691, *CCAS de La Rochelle*, *Leb*., p. 8.

[593] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Livre vert sur les services d'intérêt général, COM(2003) 0270 final, Bruxelles, 21 mai 2003, § 17.

pratiquer des tarifs discriminants. En droit interne, le législateur applique ce principe pour la plupart des services publics de réseaux, ou pour les services indispensables aux besoins de la population[594]. En ce sens, la loi du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes dispose, en son article 28, qu'« *une expérimentation est engagée pour une période de cinq années à compter de la date de promulgation de la présente loi en vue de favoriser l'accès à l'eau et de mettre en œuvre une tarification sociale de l'eau* ». Dès lors, des tarifs sociaux sont mis en place afin que « *les abonnés en situation particulière de vulnérabilité* » puissent en bénéficier.

243. Enfin, un dernier volet qui découle du précédent est que l'égalité tarifaire est un correcteur des inégalités sociales. En introduisant des tarifs préférentiels, réduits, voire la gratuité du service, la personne publique entend rétablir une certaine *justice sociale*. Il s'agit, en définitive, de la fonction primaire du service public, celle qui autorise l'État à redistribuer les richesses aux citoyens sans égard à leurs capacités contributives[595].

244. Il demeure toutefois qu'en parallèle, la différenciation tarifaire peut être induite non par la seule égalité tarifaire, mais de la définition, par le concessionnaire, d'une stratégie commerciale[596]. Puisque l'usager tend à se confondre avec un consommateur de service[597], le concessionnaire fournisseur peut, pour accroitre la rentabilité de son activité, proposer des services supplémentaires et complémentaires, à des tarifs concurrentiels, et que seules certaines catégories d'usagers peuvent bénéficier. *A contrario*, le concessionnaire peut tout aussi bien, faire supporter la gratuité du service pour certains usagers, sur le tarif payé par les usagers « normaux ».

2. La gratuité du service public

245. Contrairement à l'égalité dans les services publics, la gratuité n'est pas un principe directeur du fonctionnement des services publics. Elle est une faculté discrétionnaire, et est

---

[594]V. L. n°2013-312 du 15 avril 2013 visant à préparer la transition vers un système énergétique sobre et portant diverses dispositions sur la tarification de l'eau et sur les éoliennes, *J.O.R.F.* n°0089 du 16 avril 2013 p. 6208 ; L. n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *J.O.R.F.*, n°175 du 31 juill. 1998, p. 11679, art. 147.

[595] V. VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Thèse, p. 922 et s.

[596] CONSEIL D'ÉTAT, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, *préc.*, p. 45.

[597] BARBIER (C.), « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *préc.* V. *Infra.*

appliquée selon l'opportunité politique et le fonctionnement du service public[598]. Toutefois, la gratuité s'oppose en son essence-même à la configuration financière de la concession, parce que le droit d'exploiter ne peut être si fortement altéré qu'il ne permettrait pas d'atteindre raisonnablement un équilibre économique et une juste rémunération. Cela passe alors nécessairement par la fixation de tarifs suffisamment élevés pour atteindre ces objectifs[599].

246. Par ailleurs, la gratuité, si elle se conçoit « *pour les services publics administratifs obligatoires en vertu de la Constitution ou d'une loi* »[600], est peu pertinente voire contreproductive lorsqu'il est question d'activité économique et/ou de services publics industriels et commerciaux[601]. Le concessionnaire doit être en mesure d'atteindre par son droit d'exploiter l'équilibre écononomique. Ce n'est que si la charge des obligations de service public qui lui sont imposées est trop importante, que la personne publique peut par compensations, équilibrer le budget de l'exploitation. En outre, le droit européen et le juge administratif préfère à la notion de gratuité, celle de l'égalité tarifaire par laquelle la tarification raisonnable ou la modicité du prix payé par l'usager, ne contrevient ni au droit du concessionnaire d'exploiter paisiblement le service, ni au principe que tout service rendu doit donner lieu à une contrepartie[602]. Enfin, la question de la gratuité est très sensible puisqu'elle s'arrête à des critères tout à fait subjectifs, qui évoluent selon les circonstantes de temps et de lieu. La personne publique doit, tout au long de l'exploitation, vérifier que les critères ouvrant droits à la gratuité demeurent toujours cohérents avec la réalité de la situation locale.

247. Il est possible d'illustrer nos propos par l'exemple du service des crématoriums. En tant que service public industriel et commercial, le service de crémation est presté en contrepartie d'une redevance de crémation perçue sur les familles. On relève dans de nombreux contrats que, cependant, la gratuité est accordée sans dérogation possible pour toutes les personnes « *dépourvues de ressources suffisantes* » domiciliées sur le territoire de la commune ou de

---

[598] « *Mais, quoi qu'ait pu en penser Hauriou, la gratuité n'est pas une règle générale de fonctionnement des services publics : elle dépend de choix de gestion variables dans le temps et l'espace.* », TRUCHET (D.), « Unité et diversité des « grands principes » du service public, *A.J.D.A.*, 1997, n°H.S., p. 38.

[599] C.E., 23 mai 1936, *Ville de Vésinet*, *Concessions*, 1936, p. 201.

[600] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*, p. 240.

[601] « *Si la gratuité est une option politique quasiment discrétionnaire, la tarification est dépendante d'un préalable économique : il faut que le service public ait une activité qui consiste à produire des biens ou des services pouvant être fournis séparément à des usagers dûment individualisés* », HERZOG (R.), « Le prix du service public », *A.J.D.A.*, 1997, p. 55.

[602] *Ibid.*, p. 248.

l'intercommunalité[603]. Les maires et présidents d'intercommunalité conservent en la matière, une marge d'appréciation significative pour évaluer et déterminer les personnes relevant de cette catégorie[604]. Cette marge d'appréciation est fonction d'une méthode de faisceaux d'indices[605] qui, en tout état de cause, n'assure ni la sécurité juridique ni la stabilité de la qualité de bénéficiaire. C'est une circulaire ministérielle en date du 14 décembre 2009 qui est venue préciser que par personnes dépourvues de ressources suffisantes, il faut comprendre qu'« *il s'agit principalement des sans-domiciles fixes, des personnes dont la dépouille n'a pu être identifiée ou des personnes isolées* »[606].

248. La modulation tarifaire dans le cadre d'une concession de service public soumet les parties à un risque non négligeable de contentieux. En premier lieu, parce que la personne publique doit toujours être en mesure de justifier les différences tarifaires, au regard du fonctionnement du service et au regard de l'intérêt local. Rappelons qu'il est loisible à l'usager de contester les actes réglementaires[607]des concessions devant le juge administratif et que les tarifs relèvent de cette catégorie[608]. En second lieu, et parce que la gratuité est un obstacle à la réalisation, par ses propres moyens, de l'équilibre économique du concessionnaire. Dans ce cas de figure, il revient souvent à la solidarité collective de prendre le relai de l'usager pour financer le coût du service public. Cette réalité, longtemps concrétisée par la notion de « *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* », a pu transformer le rôle des redevances perçues sur les usagers. Celles-ci ont perdu leur exclusivité dans l'équilibre économique des concessions : elles sont des redevances de principe, mais non principales.

---

[603] C.G.C.T., art. L.2223-27.

[604] Cela est d'autant plus vrai qu'aucune définition *a contrario* n'est donnée d'une personne disposant de « ressources suffisantes ».

[605] « *Aucun texte de nature législative ou réglementaire ne venant préciser cette notion de « ressources suffisantes », il convient en conséquence que le maire apprécie, localement et au cas par cas, par le biais de faisceaux d'indices, si le défunt peut entrer dans la catégorie des personnes dépourvues de ressources suffisantes. Le maire en sa qualité de président du centre communal d'action sociale (CCAS) dispose ainsi d'éléments d'informations sur les ressources et la situation de famille des personnes relevant de l'action sociale communale. Il peut à ce titre apprécier le niveau de ressources de l'intéressé. Ce niveau de ressources n'est cependant pas le seul élément que le maire doit prendre en compte*. », Rép. min. Int., Outre-mer et des coll. terr., *J.O. Sénat*, 27 mars 2008, p. 618 ; Q. n°02395, MASSON (J.-L.), *J.O. Sénat*, 8 nov. 2007, p. 2017.

[606] Circ. min. Int., Outre-mer et coll. terr., NOR : IOCB0915243 C.

[607] T.C., 15 janv. 1958, *Époux Barbier*, *préc.*

[608] C.E., Ass., 30 oct. 1996, req. n°136071, *Mme Wajs et Monnier*, *Leb.*, p.387.

Paragraphe 2 - Le droit d'exploiter complété par un prix

249. Le mode de financement des conventions portant transfert de gestion du service public ne repose pas uniquement sur les usagers du service public. À plusieurs reprises, le juge administratif a pu reconnaître l'existence d'une délégation de service public alors même que la personne publique assurait majoritairement le paiement du cocontractant[609]. Cela est d'autant plus vrai que longtemps la jurisprudence s'est agglomérée sur la notion de financement des conventions par des résultats d'exploitation. Or, cela est évident, le financement par les résultats d'exploitation n'exclut pas que la rémunération « *transite par la personne publique* »[610]. La jurisprudence *S.M.I.T.O.M. Seine et Marnais* l'a confirmé : « *Il résulte du montage financier proposé que la part des recettes autres que celles correspondant au prix payé par le SMITOM devrait être d'environ 30 %. Il s'agit dans ces conditions d'une délégation de service public* »[611]. Le financement par les résultats d'exploitation est ainsi satisfait, y compris si c'est la personne publique qui verse une somme forfaitaire, variable, et selon des critères dépendant de l'exploitation. Ces jurisprudences du Conseil d'État ont aujourd'hui vécu avec le critère du transfert du risque. Néanmoins, la possibilité de concéder avec un droit d'exploiter complété par un prix n'est pas abrogée. Au contraire, la concession diffère toujours d'un marché public en ce que son financement est tiré d'un droit d'exploiter[612] ou de ce droit assorti d'un prix[613].

250. De cette manière, la personne publique peut venir compléter le financement de la concession et le droit d'exploiter du concessionnaire par le versement d'un prix (A). La notion de prix demeure toutefois assez large puisque, puisque certaines hypothèses de financement proviennent directement de l'impôt national ou local (B).

---

609 BETTINGER (C.), *préc.*, au sujet des anciennes concessions de mise en valeur des régions, p. 43 et s.

610 BERGEAL (C.), concl., *A.J.D.A.*, 1999, p. 517.

611 BERGEAL (C.), concl., *A.J.D.A.*, 1999, p. 714.

612 La directive 2014/23/UE, en son paragraphe 18, s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de Justice en prévoyant que peut être une concession, un contrat où la rémunération est totalement assurée par l'entité publique, lorsque cette rémunération « *dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif* ». Le mode de rémunération prime l'origine de celle-ci.

613 V. Directive 2004/17/CE, Art. 1er, 3° et 4°.

A. La rémunération du concessionnaire par la personne publique

251. La personne publique peut être amenée à assurer la rémunération du concessionnaire. Elle peut le faire tout en gardant un lien avec l'exploitation et indexer le prix versé aux résultats d'exploitation. C'est l'hypothèse générique de la régie intéressée (1). Elle peut aussi verser un prix, fixe ou forfaitaire, en simple complément du droit d'exploiter. Dans ce cas, ce prix versé peut prendre la forme d'une aide ou d'une compensation d'obligations de service public qui, pour être valide, doit nécessairement fluctuer selon le risque d'exploitation (2).

1. La rémunération du concessionnaire par un prix

252. La perception d'une redevance sur les usagers n'est pas toujours suffisante pour que l'équilibre économique contractuel soit atteint. Ce montage financier, prévu par le droit européen[614] et confirmé par la jurisprudence, a certaines caractéristiques dans le cadre des concessions. Le paiement du concessionnaire par la personne publique est nécessairement un complément de rémunération. En ce sens, il ne peut que compléter les redevances tirées de l'exploitation qui ne peuvent être absentes. La qualification en marché public est retenue si la seule rémunération du concessionnaire est un prix versé par la collectivité[615], y compris si ce prix est en lien avec le service[616]. C'est le principe posé par la décision *Commune de Guilherand-Granges*[617]. Dans cette affaire, le contrat de gestion des services de distribution de l'eau et d'assainissement prévoyait que la personne publique verserait « *en ce qui concerne la gestion du service de distribution d'eau potable, une partie fixe représentée par la location des compteurs, et une partie proportionnelle au volume d'eau distribué, d'autre part, en ce qui concerne la gestion du service d'assainissement, une partie proportionnelle au volume d'eau* ». Le contrat en question est alors « *quelle que soit la qualification choisie par les parties, était soumise au respect des règles fixées par le code des marchés publics pour les marchés passés au nom des collectivités locales* ».

---

[614] « *l'objet de ce type de contrats est l'acquisition de travaux ou la réalisation de services* (…)*, la contrepartie consistant en un droit d'exploiter les ouvrages ou services ou en ce droit accompagné d'un prix* », Directive 2014/23/UE, Point 11.

[615] NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, *préc.*, p. 665 à 667.

[616] *Ibid.*

[617] C.E., 7 avril 1999, req. n°156008, *Commune de Guilherand-Granges*, *M.T.P.B.*, n°4980, Mai 1999 ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 517, concl. BERGEAL (C.).

253. Par ailleurs, le paiement par la personne publique doit avoir un lien direct avec les résultats d'exploitation. Dans l'affaire *SMITOM*[618], le délégataire percevait une rémunération décomposée en deux parties. Celle-ci « *était composée d'une part d'un prix payé par le SYNDICAT MIXTE DU TRAITEMENT DES ORDURES MENAGERES CENTRE OUEST SEINE-ET-MARNAIS pour le traitement des déchets collectés auprès des adhérents de celui-ci et, d'autre part, d'une partie variable provenant tout à la fois des recettes d'exploitation liées au traitement des déchets collectés auprès d'autres usagers que les adhérents du SMITOM, de la vente de l'énergie produite et des éventuelles recettes supplémentaires liées aux performances réalisées dans le traitement des déchets collectés auprès des adhérents du syndicat* ».

254. Autre exemple, dans l'affaire *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*[619]. Toujours à l'occasion du service de distribution de l'eau et de l'assainissement, le Conseil d'État soulève que le cocontractant « *perçoit une rémunération qui se décompose d'une partie fixe qui est constituée par un abonnement et en une partie variable qui dépend de la quantité d'eau consommée dans les communes* », et conclut que le contrat est une délégation de service public.

255. Enfin, dans l'affaire *Département de la Vendée*[620], le juge a considéré « *qu'en se fondant, pour exclure une rémunération liée aux résultats de l'exploitation et caractériser ainsi l'existence d'un marché public, sur la seule participation directe des familles, sans prendre aussi en considération la part versée par le département pour chaque usager scolaire, en substitution des familles, laquelle constituait aussi une rémunération variant avec le nombre d'usagers et donc liée aux résultats de l'exploitation du service, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit* ».

256. La conséquence logique de cette évolution jurisprudentielle est l'indépendance de l'origine des recettes dans la qualification des contrats[621]. Toutefois, si l'origine n'importe que

---

618 C.E., 30 juin 1999, req. n°198147, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marais (SMITOM)*, *A.J.D.A.*, 1999, p. 714, concl. BERGEAL (C.).

619 C.E., 28 juin 2006, req. n°288459, *A.J.D.A.*, 2006, p. 1781, note RICHER (L.).

620 C.E., 7 nov. 2008, req. n°291794, *Département de la Vendée*, *B.J.C.P.*, févr. 2009, n°62, p. 55 ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 1454, note RICHER (L.).

621 C.E., 26 sept. 2012, req. n°359389, *GIE « Groupement des poursuites extérieures*, inédit.

peu, les méthodes hybrides de financement du cocontractant soulèvent une interrogation quant au transfert du risque d'exploitation. C'est ce que rappelle le juge européen dans l'affaire *WASZ GOTHA c. Eurawasser*[622]. L'essentiel n'est pas tant qui rémunère qui, mais qui supporte le risque d'exploitation.

257. Si dans l'affaire *Département de la Vendée*, le juge relève qu'il s'agit d'une concession parce que la quote-part des redevances d'exploitation permettait de considérer qu'il y avait eu transfert d'un risque économique significatif, il est permis de douter sur l'exposition réelle aux conditions du marché de ce dernier. En effet, bien que la rémunération versée par la personne publique en substitution des familles varie en fonction de la fréquentation, l'occurrence de conditions défavorables d'exploitation, ou le défaut de paiement des usagers[623], sont souvent l'occasion pour la personne publique d'être solidaire financièrement de son concessionnaire. Or, le régime des subventions d'équilibre ou d'exploitation n'est pas identique à celui d'un prix versé en contrepartie d'un service rendu. Le droit de la concurrence et des aides d'État est plus contraignant, notamment parce que de telles aides peuvent estomper voire exclure tout risque d'exploitation.

258. Il est aussi intéressant de comparer la conception en droit interne de la concession de service public de celle des contrats de *concessions* en Europe. Les contrats de type *P.F.I.* dont les *B.O.T.* dans le secteur autoroutier sont des contrats proches de nos concessions de service public et de travaux publics. Or, de tels contrats sont très souvent fondés sur un modèle économique bien différent puisque le *concessionnaire* est rémunéré non directement par les usagers, mais par la personne publique commanditaire. Il est question de *Shadow tolls* ou dit *péages fictifs*, par lesquels le concessionnaire perçoit par la personne publique le montant correspondant à la fréquentation de l'ouvrage, éventuellement pondéré selon des critères de qualité et de performance[624]. Un tel financement ne constitue ni un prix, ni une aide publique,

---

[622] C.J.C.E, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurawasser*, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-08377, § 67.

[623] V. à ce sujet, RICHER (L.), *La concession en débat*, Lextenso-éditions, 2014, p. 70 à 74. L'auteur fait référence aux difficultés juridiques et techniques d'une application de l'exception d'inexécution dans les services publics. Pour autant, le risque d'impayé est, dans les secteurs sensibles, couverts par la solidarité collective et, par conséquent, une aide financière de la personne publique.

[624] Principalement appliqué dans le cadre des concessions autoroutières britanniques, le *Shadow toll* est un péage fictif qui varie selon le nombre d'usagers réels. Ainsi, la valeur du péage unitaire est fixe, il varie selon soit, la satisfaction des usagers avec par conséquence, l'augmentation de la fréquentation, soit la performance dans la gestion du service, ce qui lui permet de dégager un profit supplémentaire malgré la fixité de la rémunération. V. à ce sujet, LINOTTE (D.) et CANTIER (B.),

mais un réel droit d'exploiter en contrepartie du transfert du risque d'exploitation (risque de fréquentation et risque de qualité)[625].

2. La rémunération du concessionnaire par une aide

259. Au nombre des moyens de financement du concessionnaire, la subvention est celui qui est le moins reconnu comme tel par les pouvoirs ajudicateurs[626]. Puisqu'elle est considérée comme une aide au concessionnaire, il est moins évident de reconnaître son caractère rémunératoire et ses implications dans l'augmentation de la rentabilité de l'exploitation. Pourtant, la subvention, l'aide publique, est un élément de rémunération du concessionnaire qui lui permet, en situation *normale*, d'équilibrer l'économie de l'exploitation ; en situation *abusive*, d'accroitre sa rémunération[627]. Voici divers exemples.

260. Les concessions reçoivent régulièrement deux types de subventions (hors C.O.S.P.) : les subventions d'investissement (ou d'équipement) [628] et les subventions d'exploitation (ou d'équilibre). La première catégorie est, en règle générale, une participation aux frais d'investissement du concessionnaire qui, en début de contrat, voudra toujours limiter ses

---

« « Shadow Tolls » : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *A.J.D.A.*, 2000, n° 11, p. 863-872.

[625] « *Cela ne semble pas devoir empêcher les Shadow Tolls d'être qualifiés de concessions de travaux, puisque les clients de l'exploitant sont des tiers à l'administration et que la rémunération reproduit fidèlement le mécanisme d'un péage réel, et fait donc courir un risque économique lié aux résultats de l'exploitation. Par ailleurs, l'analyse fait abstraction des mécanismes de paiement dont la variation ne dépendrait pas de la fréquentation, mais d'autres indicateurs* », COSSALTER (P.), DU MARAIS (B.), *préc.*, p. 63.

[626] « *La diversification des sources de subventions est un moyen pour faire participer au financement une collectivité d'intéressés* », *ibid.,* p. 104.

[627] V. par exemple, PIETRI (J.-P.), « Notion de ressources tirées de l'exploitation d'un service », *Contrats et Marchés publ.*, n°1, Janvier 2007, comm. 23.

[628] Par exemple, T.C., 9 juill. 2012, req. n°C3834, *Compagnie des eaux et de l'ozone c. Société Sogéa et société OTV*, *Leb.,* p. 653 ; *A.J.D.A.*, 2012. 1433. Le juge reconnaît que la rémunération « *nonobstant l'apport de subventions pour la réalisation des investissements, est essentiellement assurée par les résultats de l'exploitation ; qu'il s'ensuit que cette convention ayant le caractère d'une concession, la société CEO a agi pour son propre compte et non pour celui de la personne publique* ».

risques pour rassurer ses financeurs[629]. Mais telle n'est pas la principale justification avancée par le récipiendaire. Le concessionnaire argue souvent – et cela peut être en tout ou partie vrai – que la participation *ex ante* au financement assurera une tarification d'appel attractive pour les usagers. La problématique d'une telle aide est sa prise en compte par le concessionnaire et son suivi par la personne publique. Comme nous l'avons déjà montré, les subventions d'investissement visent le financement de biens de retour qui, dans certaines concessions, peuvent bénéficier d'un amortissement de caducité. Or, cet amortissement de caducité, dérogatoire, ne saurait être appliqué totalement sur les biens partiellement financés par une subvention. En cas contraire, le concessionnaire jouirait d'une recette fiscale supplémentaire indue. La remarque vaut aussi pour les subventions d'équipements versées en cours d'exploitation pour une participation au renouvellement des biens. Ces subventions ne sauraient être versées en lieu et place de l'utilisation des dotations au renouvellement ; elles ne peuvent l'être que si le renouvellement revêt les caractères d'une imprévision pour le concessionnaire[630].

261. La seconde catégorie, les subventions d'exploitation, sont plus délicates à gérer pour la personne publique. En effet, ces subventions contribuent à l'équilibre économique même de l'exploitation en assurant financièrement, que le concessionnaire ait *a minima* une exploitation où les recettes sont équivalentes aux charges. Le secteur autoroutier[631] en est une illustration. Suite à l'interdiction de la technique dite de l'adossement par le Conseil d'État[632], qui consistait à financer la construction d'une nouvelle section d'autoroute non rentable par la prolongation d'une concession existante au-delà de la durée nécessaire à l'amortissement des ouvrages, L. VIDAL constate que « *la construction des sections non rentables ne peut donc être financée que par le budget de l'État ou par une fraction des péages perçus sur les*

---

[629] BONNAFOUS (A.), « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé : quelques paradoxes », *Rev. Française d'économie*, vol. 17, n°1, 2002, p. 173 à 194.

[630] Même si cela reste discutable, v. C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, req. n° 11NC00809, *Société Vivendi*, *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2013, comm. 83 ECKERT (G.) ; *A.J.D.A*., 2013, p. 1499, note. WIERNASZ (M.).

[631] La situation était encore plus parlante lorsque le secteur autoroutier était géré par des sociétés d'économie mixte. La construction et l'exploitation étaient toutes deux largement financées par les budgets publics. V. à ce sujet, DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, *préc.*, p. 21.

[632] C.E., Avis, 16 sept. 1999, n°362908, *BJ.C.P.*, 2000, p. 199 ; comm. DAL FARRA (T.), GAUDEMET (Y.), ROLIN (F.), STIRN (B.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 3ème éd., 2008, n°42.

sections rentables »[633]. Dans un avis en date du 17 septembre 2014, l'Autorité de la concurrence relève que « *désormais, les nouvelles sections autoroutières ne sont plus concédées de gré à gré mais à l'issue d'une mise en concurrence et font l'objet d'un contrat de concession spécifique. Quant à l'équilibre financier, qui ne peut plus résulter de l'adossement, il doit être assuré par les recettes d'exploitation, complétées le cas échéant par le versement d'une subvention d'équilibre au concessionnaire* »[634]. Ces subventions d'équilibre interrogent sur leur cohérence avec le secteur et leur bien-fondé, particulièrement lorsque les taux de rentabilité opérationnels dans les concessions d'autoroutes sont plus élevés que ceux escomptés lors des renégociations contractuelles[635].

262. En ne maitrisant pas les subventions versées à leur concessionnaire, les personnes publiques se risquent à outrepasser le recours à la solidarité nationale. Une excessive participation des budgets publics dans le financement des concessions de service public pourrait conduire, inexorablement, vers la surparticipation du contribuable (éventuellement déjà usager) au service public.

B. La rémunération du concessionnaire par l'impôt

263. Que ce soit à raison de l'objet du service[636] (industriel et commercial ou administratif) ou à raison de confusions sur le sens fiscal de la contrepartie pour service rendu[637], la présence de l'impôt ou d'une taxe de service public comme ressource d'une concession, s'est toujours posée[638]. Le juge européen s'est même saisi de la question dans l'affaire *T.N.T. Traco SpA c. Poste italiane SpA* où il a considéré qu'un droit postal pouvait être octroyé à un gestionnaire exclusif – dont les contribuables étaient les sociétés de poste pour les services de coursiers – dès lors que ce droit était une nécessité pour « *sauvegarder l'équilibre économique de l'entreprise chargée de la gestion du service postal universel* »[639].

---

[633] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, p. 1105.

[634] Avis n°14-A-13 du 17 sept. 2014, sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

[635] V. COUR DES COMPTES, Communication à la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, p. 70.

[636] C.E., Ass., 11 nov. 1956, req. n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *préc.*

[637] HERZOG (R.), « Le prix du service public », *préc.*

[638] V. BETTINGER (C.), *préc.*, p. 151 à 153 ; DUFAU (J.), *préc.*, p. 28 à 31.

[639] C.J.C.E., 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco SpA* c. *Poste Italiane SpA*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-04109, point 51.

264. Si la question est semble-t-il réglée[640] aujourd'hui, il n'est pas pour autant moins fréquent de voir que l'impôt finance les services publics concédés. Au contraire, puisque les budgets locaux sont sollicités « *lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement* »[641]. Or, par l'application des principes budgétaires, au nombre desquels figure l'universalité budgétaire, il est légitime de penser que le contribuable est nécessairement associé au financement des services publics concédés ou non. En effet, une des expressions de l'universalité budgétaire est la *non-affectation* d'un titre de recette pour une dépense identifiée. Dès lors, toute aide publique est en toute logique financée par les prélèvements obligatoires proportionnellement au niveau d'imposition pratiqué.

265. Toutefois, il arrive que le législateur décide de flécher les recettes de certaines impositions pour le financement de certaines dépenses. Par exemple, les communes et leurs intercommunalités, en tant qu'autorités organisatrices des transports urbains, bénéficient du « *versement destiné au financement des transports en commun* »[642] dit versement-transport[643]. Cet impôt assis sur les salaires des entreprises qui emploient au moins onze salariés dans un secteur desservi par des transports urbains, permet de financer les investissements mais aussi le fonctionnement du service public[644]. En outre, le législateur a entendu associer le contribuable à l'effort de financement des services publics de transport, non pas parce qu'il peut être usager direct, mais parce qu'il peut être un bénéficiaire indirect du service[645].

266. De plus, si les recettes de l'imposition viennent abonder les budgets locaux, leur récipiendaire final n'est pas exclusivement la personne publique concernée. Au contraire, on peut voir que les fonds du versement transport sont transférés aux concessionnaires ou

---

[640] CABANNES (X.), « L'usager et la rémunération du service rendu », *R.F.D.A.*, 2013, p.482 ; EISINGER (T.), *Contribution à l'analyse des redevances pour service rendu perçues par les communes et leurs intercommunalités*, Thèse, p. 317 et s.

[641] C.G.C.T., art. L.2224-1.

[642] C.G.C.T., Art. L.2333-64.

[643] « *le financement des services de transports publics régulier de personnes est assuré par les usagers, le cas échéant par les collectivités publiques et,* (…) *par les autres bénéficiaires publics et privés qui, sans être usagers des services, en retirent un avantage direct ou indirect* » », C.G.C.T., Art. L.2333-64 et s., Art. L.2531-2 et s**.** ; FAIVRE D'ARCIER (M.), « Les nouveaux enjeux de la tarification des transports publics urbains » *in* LONG (M.) (Dir.), *Le financement des services publics locaux*, Paris : L.G.D.J., coll. « Décentralisation et développement local », 2010, p. 121 à 134 ; *Ibid*., BOUHADANA (I.), « Le dispositif et les enjeux du Versement-Transport », p.135 à 140.

[644] RICHER (L.)*, préc.*, p. 104.

[645] Code des transports, art. L.1221-12.

délégataires de service public pour le financement du service. Dans un rapport d'observations sur le volet Transports urbains de voyageurs de la Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe (C.R.E.A.), la Chambre régionale des comptes de Basse et Haute Normandie relève que le concessionnaire SOMETRAR bénéficie d'une contribution forfaitaire d'exploitation versée par la collectivité. Ainsi, « *les recettes sur usagers ne couvrant pas les charges du service de transport, la collectivité verse annuellement au concessionnaire une contribution forfaitaire d'exploitation (CFE) destinée à compléter ses recettes. La CFE a pour objet d'assurer, pendant toute sa durée, l'équilibre global de la concession, compte tenu des recettes du concessionnaire et de l'ensemble de ses charges* ». Or, on remarque que près de 80 % des recettes du budget annexe transport de la C.R.E.A est constituée « *du versement transport (81,1 M€) acquitté par les entreprises et de la subvention du budget principal (40,5 M€)* », et que près de 80 % des dépenses du budget réside « *dans la contribution forfaitaire d'exploitation (CFE) payée au concessionnaire (75,1 M€) pour rémunérer son investissement initial et l'exploitation du réseau par TCAR* (exploitant du service) *qui conserve, en outre, les recettes commerciales (23,5 M€).* »[646]. Le budget met en exergue une évidence arithmétique qu'est la réutilisation du versement transport dans la contribution forfaitaire d'exploitation.

267. En faisant appel à l'impôt et aux contribuables pour financer les services publics, la loi assure la participation collective au bon fonctionnement des services publics. En contrepartie, on voit que l'impôt, parce qu'il finance l'investissement ou qu'il contribue à favoriser l'accès au service public dans des conditions tarifaires raisonnables[647], est devenue une ressource du

---

[646] Chambre Régionale des Comptes de Basse-Normandie et de Haute-Normandie, Rapport d'observations définitives, observations délibérées le 6 oct. 2014.

[647] Pour le versement transport : « *La recherche montre que les autorités organisatrices estiment que leur mission sociale impose des tarifs modérés, ce qui risque d'entraver tout effort pour engager un cercle vertueux allant vers une plus grande fréquentation. Ainsi, en parité de pouvoir d'achat, les abonnements aux réseaux de Lyon et de Paris sont parmi les moins chers d'Europe, grâce au VT* (versement transport) », COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Financement durable des transports publics urbains. De la prospective à l'aide à la décision*, *Le point sur*, n°140, Août 2012, libre accès sur le site du Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie. Pour le secteur de l'énergie, les tarifs dits de « première nécessité » sont financés par des impositions supplémentaires telles que la contribution au service public de l'électricité (devenue une part de la Taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité) ou la contribution au tarif spécial de solidarité gaz. V. à ce sujet, Communication à la Commission d'enquête du Sénat sur le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques, La contribution au service public de l'électricité (CSPE) : suites données aux observations de la Cour dans le rapport public annuel 2011, Juin 2012.

concessionnaire. Cet état de fait, où la redevance perçue sur les usagers n'est plus principale, devrait conduire les concédants à reconsidérer le contenu du droit d'exploiter. Pour ce faire, la personne publique doit appréhender le droit d'exploiter comme une notion extensive : il s'agit de l'ensemble des ressources financières que le concessionnaire est amené à percevoir en tant que titulaire du contrat de concession, indépendamment de la qualification conventionnelle, juridique, ou fiscale, donnée à celles-ci, et indépendamment de l'origine du débiteur[648]. Cela s'illustre parfaitement dans les contrats dits de concession *anglo-saxon.* Le transfert du risque économique y est significatif, non parce que la rémunération est perçue sur les usagers, mais parce que la rémunération versée par la personne publique (*Shadow tolls*) dépend de la satisfaction des usagers du service et de l'ouvrage public, ainsi que de la performance du concessionnaire dans la gestion du service.

Section 2 - L'extension du droit d'exploiter

268. En règle générale, l'équilibre économique ne saurait se limiter aux redevances perçues sur les seuls usagers du service. Dans de nombreuses hypothèses, le concessionnaire ne saurait se satisfaire d'un droit d'exploitation qui se limiterait à l'exploitation du seul service public, car l'économie de la convention ne lui permettrait pas alors, d'atteindre un niveau de rémunération suffisant pour rentabiliser son investissement.

269. En outre, le droit d'exploiter est un droit financier total sur l'exploitation du service public qui, par diversification de l'offre, peut être complété par des activités qui lui sont accessoires. Ces activités peuvent être complémentaires au service public, et/ou de nature purement commerciale. Dans la pratique, tel est d'ailleurs le cas. Le professeur L. RICHER ne manque pas de faire remarquer que désormais, « *la qualification comme délégation de service public résulte souvent et même le plus souvent, de l'existence de recettes accessoires* »[649]. D'ailleurs l'équilibre économique des concessions de service public résulte souvent de l'autorisation à percevoir des recettes supplémentaires au service. C'est à cet égard que le critère *de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* s'est détaché de la notion de redevance perçu sur les usagers du service public. Par son application, ont été qualifiées de délégations de service public, certaines conventions qui, largement financées par

[648] V. concl. KOKOTT (J.), C.J.C.E., 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. I-08585, paragraphe 30.

[649] RICHER (L.), « Délégation de service public : une notion difficile à cerner », *Le Moniteur*, 6 juin 1997, P. 56-58.

la personne publique par un prix, prévoyaient pour partie la modulation des recettes du délégataire par la présence de recettes accessoires. En cela, la rémunération ne doit pas tant être liée au service public, mais plutôt à un champ plus large d'activités qui permettent une meilleure exploitation matérielle ainsi que financière du service public[650]. L'utilisation du droit d'exploiter est alors, par cette approche, maximale (§1).

270. Par ailleurs, cette réalité du droit des concessions n'est plus à négliger lors de la mise en place de la procédure de mise en concurrence. Désormais révisée par la directive 2014/23/UE, transposée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et appliquée par le décret du 1er février 2016, le droit des concessions impose que les contrats soient appréciés en fonction de la valeur de la concession, soit le « *chiffre d'affaires total hors taxes du concessionnaire pendant la durée du contrat, eu égard à la nature des prestations qui font l'objet de la concession* »[651]. Si certains auteurs se sont posés la question de l'incorporation des recettes accessoires dans le prisme des dispositions de la directive, l'actuel décret donne une liste exhaustive des éléments financiers qui doivent être intégrés à la valeur de la concession. Il demeure toutefois que des difficultés d'appréhension persistent. D'abord, ni la loi ni les règlements n'usent du terme « recettes accessoires », ce qui peut poser encore la question de leur intégration. Puis, certaines recettes d'opportunité, sont encore plus difficiles à appréhender, de par leur méconnaissance ou de par leur dissimulation **(§2**).

Paragraphe 1 - La maximisation du droit d'exploiter, l'équilibre par les recettes accessoires

271. Les partenariats public-privé ont pour outil de financement d'admettre le développement d'activités connexes avec pour objectif la génération de revenus supplémentaires. En droit anglo-saxon, certains contrats issus du modèle du *private finance initiative* inclut des revenus annexes (*Third party revenues*) issus de la valorisation indirecte des missions contractuelles. La logique est celle d'assurer la rentabilité financière du contrat

---

[650] C.A.A. Lyon, 24 oct. 2000, req. n°96LY01868 et 96LY01900, *Société Service Aérien Français et Commune de Val-d'Isère*. En l'espèce, le concessionnaire devait assurer « *en priorité* », l'exploitation d'hélicoptères de secours ainsi qu'assurer des missions de secours sur piste et de prévention par déclenchement d'avalanches. Pour autant, la rémunération principale du concessionnaire provenait de l'organisation d'une activité peu en relation avec le service principale, soit « *une activité de transport et de tourisme à partir de l'hélistation y compris en période estivale* ».

[651] D. n°2016-86, Art. 7, I.

et de réduire, peu ou prou, le paiement par l'autorité publique de tutelle. Ce système d'autofinancement par l'activité et par le contrat, avait été repris sous l'empire des contrats de partenariat[652]. Ainsi, le partenaire privé se voyait autoriser à percevoir des recettes « *en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante* »[653]. Puis, lorsque le partenaire percevait les produits de la valorisation du domaine public ou privé, le contrat devait prévoir la diminution corrollaire du paiement de la personne publique[654].

272. Les contrats de concession, bien que cela n'ait pas été normativement consacré, use (ou abuse)[655] des recettes annexes pour assurer une certaine rentabilité de l'exploitation et ainsi accomplir l'équilibre économique. Aujourd'hui, les recettes annexes sont validées par la jurisprudence et volontiers autorisées par les personnes publiques concédantes, sous réserve de leur domaine de compétence et du principe de spécialité (A). Par ailleurs, l'objectif d'accroissement de la rentabilité de l'exploitation par les activités annexes, est largement encouragé. Il est perçu comme un outil de diversification de l'offre de service, d'amélioration de la qualité du service pour l'usager, et de sécurisation du financement de l'exploitation par rapport au droit des aides d'État (B).

A. L'autorisation des recettes accessoires au service public

273. Les activités accessoires doivent répondre à des conditions préalablement à leur création et leur autorisation. Pour être admises, elles doivent maintenir un lien ténu avec l'activité de service public sans laquelle, elles ne sauraient être proposées. Deux conditions sont alors sous-jacentes. La première est une condition de complémentarité avec le service public. Est une activité accessoire celle qui est matériellement et/ou financièrement le complément de l'activité principale. Autrement dit, une activité est un « *complément* » lorsqu'elle s'adresse aux mêmes usagers[656] que le service public principal, qu'elle est de

---

[652] DEBOUZY (O.), APELBAUM (R.), « Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique ? », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 2356.

[653] Ord. n°2004-559, du 17 juin 2004, Art. 11, d).

[654] L. n°2008-735, du 28 juillet 2008, Art. 33.

[655] VALETTE (B.), « Recettes accessoires du délégataire, l'éternelle oubliée ? », *J.C.P.A.*, n°18-19, 5 Mai 2014, 2141.

[656] Dans le cas contraire, « *elle ne peut être regardée, eu égard à l'économie générale du contrat qui permet le cas échéant au concessionnaire de produire pour sa propre clientèle un nombre de repas par jour proche du nombre de repas servis aux usagers du service communal de restauration collective, comme le complément normal de l'exécution de ce service public* »,

même nature que le service public ou qu'elle est intimement liée au service public. L'objet de ce complément au service public est de rendre matériellement meilleur ce dernier. L'activité accessoire favorise alors la bonne gestion et le bon fonctionnement du service public principal.

274. Très tôt, les personnes publiques ont entrepris d'adosser des prestations complémentaires à leur service public. En réalité, puisque tout service public n'est pas nécessairement rentable – cela n'est pas sa fonction originelle – les moyens de financement sont, en dépit de l'aide publique, limités. Or, la nécessité de couvrir les charges de fonctionnement du service public s'oppose, particulièrement en matière industrielle et commerciale, à ce que l'équilibre de l'exploitation soit financé par les budgets publics. En ce sens, la question est de savoir comment financer le service public ou comment le rendre suffisamment lucratif pour qu'il puisse être assuré et demeurer viable.

275. Dans ce contexte, le Conseil d'État, par un arrêt ancien, a reconnu que le service de location de linge dans le cadre du service des bains douches était une activité complémentaire au service public des bains douches de Paris, car il est « *une amélioration apportée dans le fonctionnement du service public et général de l'hygiène* »[657]. S'il faut surtout relever que l'activité secondaire permettait la continuité financière du service public principal, le juge s'est fondé sur le lien matériel entre les activités. Le service de location de linge est d'intérêt public en ce qu'il améliore le service public.

276. La seconde condition est l'existence irréductible d'un intérêt général, d'un besoin d'intérêt public. La première position du juge administratif en la matière a été de dénier le droit de créer un service accessoire sur le seul fondement que le service public eut été économiquement en péril. Les parties à un contrat de concession n'ont alors aucun droit

---

C.A.A. Paris, 10 juill. 2003, req. n° 01PA2303, 01PA2304, *Sté Sogères c. Commune de Yerres*, *Contrats et Marchés publ.*, Déc. 2013, n°12 ; C.E., 10 févr. 1988, *Mézy*, *Leb.*, p. 52 ; *D.* 1988 : adjonction d'un service de thanatopraxie au service extérieur des pompes funèbres destiné aux mêmes usagers.

[657]C.E., 2 fév. 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris c. Ville de Paris*, *Leb.*, p. 91.

acquis à instaurer une activité accessoire plus rentable[658]. C'est par l'arrêt *Delansorme*, que le juge a accepté la création d'activités accessoires « *prévues dans l'intérêt financier de l'exploitation* » lorsqu'elles constituent « *le complément normal et nécessaire de l'activité* (principale) »[659].

277. En outre, l'appréciation combinée des deux conditions – intérêt public et complémentarité - est désormais plus souple. L'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* l'illsutre parfaitement puisque, « *indépendamment de* (…) *missions* (de service public) », si les personnes publiques souhaitent « *prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence* ». À cet égard « *pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public* »[660]. Si l'intérêt public peut être satisfait par des considérations financières et de rentabilité du service public, il n'est plus tellement d'obstacle à leur création sauf à rompre avec le respect du principe de liberté de commerce et d'industrie et du droit de la concurrence. Or, concernant les activités accessoires[661], il n'apparait aucun obstacle majeur ou de contrainte insurmontable. Par exemple, dans un arrêt *Communauté de communes Artois-Lys*, le juge a considéré comme utile et régulière, la création d'une activité accessoire dont l'objectif est de contribuer à l'équilibre financier global du service, dès lors qu'« *une concurrence loyale* »[662] a pu être préservée. Encore, le juge a relevé l'existence d'une concession de service public, non

---

[658] C.E., 10 mai 1985, req. n°31604, *Société anonyme Boussa Saint-Frères*, *Leb.*, p. 145.

[659] C.E., 18 déc. 1959, req. n°22536, *Delansorme et autres*, *Leb.*, p. 692 : dans le cadre du parc de stationnement automobile, est une activité accessoire la location de garage de courte durée.

[660] C.E., Ass., 31 mai 2006, *préc.*

[661] «S*'il n'appartient pas au maire, de confier à une personne privée, par un contrat dont le conseil municipal a autorisé la signature, des missions ne présentant pas un caractère d'intérêt communal, ni ces dispositions ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni aucun autre texte ou principe général ne s'opposent à ce que le titulaire d'une délégation de service public soit le cas échéant autorisé par la collectivité délégante à exercer de telles missions à la condition qu'elles soient le complément normal de sa mission principale et qu'elles soient à la fois d'intérêt général et utiles à la commune* » ; *Ibid.*

[662] C.E., 23 mai 2003, req. n°249995, *Communauté de communes Artois-Lys*, *Leb.*, p. 234 ; *R.F.D.A.*, 2004, n°2, p. 299, note. FAURE (B.).

parce que l'activité principale est un service public, mais parce que les activités qui lui sont accessoires[663] concourent à l'intérêt général.

278. Enfin, par une décision récente *Communauté urbaine du Grand Dijon*, le Conseil d'État a dépassé la question de l'activité accessoire en proposant la notion de service public à *objet multiple*. Dans cette affaire, le juge a un raisonnement très élastique du contenu d'un service public. Ainsi, il valide une délégation de service public dont l'objet est de confier le service public de transport urbain (tramway et bus), de neuf parcs de stationnement, de location de vélos, d'aménagement de voirie et de mise en fourrière de véhicules. Par ce service public « de la mobilité », le juge autorise l'accrétion d'activités au motif que la délégation n'a pas « *un périmètre manifestement excessif* » et ne réunit pas, en son sein, « *des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux* ».

279. S'il est permis de douter de la justification juridique ici donnée pour valider l'objet multiservices « d'un » service public[664], la décision prise a toutefois un mérite, celui de rappeler inévitablement le lien entre toutes les activités et l'équilibre financier de la convention. Ainsi, c'est bien à l'aune du risque global d'exploitation que la convention doit être analysée[665]. Cela ne sera toutefois pas chose aisée pour les collectivités lorsqu'elles choisiront la concession d'un contrat de service public à objet multiple[666].

---

[663] C.E., 19 mars 2012, req. n°341562, *S.A. Groupe Partouche*, *Contrats et Marchés publ.*, n°2, Février 2013, étude 2., note VILA (J.-B.). Dans cette affaire, le juge a qualifié comme une délégation de service public, un contrat où seules les activités annexes concouraient à l'intérêt général. Cette décision semble toutefois être spécifique aux contrats de gestion des casinos. En effet et *a contrario*, le juge a toujours considéré qu'en l'absence de service public, et même si la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, le contrat est un marché public, C.E., Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, *préc.*

[664] Plus probablement devrait-on parler dans ce cas, de délégation de compétence publique.

[665] Dans ses conclusions, le rapporteur public G. PÉLISSIER exposait que « *Ces prestations sont accessoires et difficilement dissociables, de sorte qu'elles pouvaient faire partie de la convention de délégation. Il n'est par ailleurs pas allégué que leur paiement par un prix versé par le pouvoir adjudicateur ferait disparaître tout risque pour le délégataire quant à l'exécution de la convention dans son ensemble* », *B.J.C.P.*, n°109, *préc.*, p. 448.

[666] D'ailleurs, il faut remarquer que cette décision a été prise sous l'empire de la *loi Sapin*. Le professeur SESTIER relève à cet égard qu'il n'est pas certain qu'une telle analyse soit possible avec la transposition de la directive 2014/23/UE. La notion de contrat « mixte » que celle-ci introduit dans notre droit des concessions, n'est pas sans équivoque, et n'assure pas la pérennité de la présente décision, *Ibid.*, p. 451. V. dans le même sens, SESTIER (J.-F.), « Contrats mixtes et concessions couvrant plusieurs activités », *Contrats publics*, 2014, p. 40 à 44.

B. L'encouragement des recettes annexes

280. La définition du droit financier du titulaire du contrat de concession suppose un droit d'exploiter proportionné aux risques transférés[667]. Lorsque la concession a pour objet la réalisation des travaux publics et l'exploitation du service public, le risque transféré est, par principe total. Par ailleurs, selon l'envergure du projet, l'investissement significatif du concessionnaire peut ne pas être totalement couvert par l'exploitation de l'activité du service public sur la durée contractuelle. Aussi, s'il n'est pas exclu que la personne publique participe à l'effort d'investissement du concessionnaire, les aides accordées ne sauraient se maintenir indéfniniment. Il devient nécessaire, dans cette économie, que les parties au contrat recherchent à exploiter le maximum[668] du service public.

281. Ce maximum d'exploitation se caractérise par l'exploitation optimale tant du service lui-même et de ses capacités à se diversifier, que par la valorisation du patrimoine concédé. D'abord, le domaine privé apporté ou réalisé par le concessionnaire, constitutif de ses biens propres, est à sa libre disposition[669]. Il lui revient d'en exploiter leur valeur économique et commerciale, soit en proposant leur accès aux usagers ou aux non-usagers du service public, soit en opérant à une gestion patrimoniale dynamique. Les biens propres sont aisément cessibles et peuvent faire l'objet d'une entrée ou d'une sortie sans autorisation préalable de la personne publique[670].

282. En outre, les biens de retour ne sont pas nécessairement exclus d'une quelconque valorisation par le concessionnaire. Ce dernier peut exercer des activités complémentaires voire extérieures au service public tant que celles-ci ne rompent pas avec le principe de continuité[671]. Tel est le cas des biens affectés au service public mais qui génèrent des surplus

---

667 V. sur ce sujet, VALETTE (B.), *Contrats de commande publique et activité accessoire*, Bruylant, 2016, 568 p.

668 LESAGE (M.), note sous *C.E.*, 18 déc. 1959, *Delansorme*, *D.*, 1960, 371.

669 « *De manière générale, la valorisation des biens privés des personnes publiques est soumise à moins de contraintes que celle du domaine public. L'aliénation des biens de l'État est ainsi possible, depuis le décret du 4 novembre 2004, non seulement par adjudication, mais aussi par cession amiable avec mise en concurrence.* », **SAUVE** (J.-M.), introduction *in La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, Colloque organisé à l'E.N.A. du 6 juillet 2011.

670 Le concédant peut toutefois opposer un refus de cession pour les biens propres sur lesquels il a une faculté de reprise, et s'il relève que ces biens sont un accessoire indispensable au service public.

671 « *une distinction fondamentale – dont on comprend bien la raison d'être – doit être faite entre la situation de l'occupant du domaine public qui est autorisé à s'y installer pour les seuls besoins de son exploitation privée et celle d'une occupation*

de production. Dans le cadre des concessions de service d'eau et d'assainissement où les infrastructures sont très généralement sur-capacitaires, les concessionnaires ont l'opportunité de revendre les volumes excédentaires d'eau pour d'autres collectivités que celle concédante[672]. De même, dans le secteur du traitement des ordures ménagères, une convention peut prévoir, en plus du traitement des ordures, une rémunération accessoire tirée par « *la valorisation énergétique* »[673] ou la vente d'incinération au profit de « *clients extérieurs* »[674]. Enfin, la revente de capacités de production ou d'électricité (la matière n'est ici pas stockable) constitue en règle générale une recette annexe des concessions hydroélectriques[675].

283. Aussi, en accordant des droits réels au titulaire de l'occupation du domaine public, le législateur a facilité le recours à des mécanismes financiers favorables à la valorisation des biens concédés[676]. En ce sens, et rompant avec une jurisprudence constante[677], les occupants du domaine public sont autorisés à constituer des fonds de commerce. Les baux commerciaux, auparavant limités aux parcelles du domaine privé[678], sont désormais admis sur le domaine public avec l'insertion de l'article L.2124-32-1 au C.G.P.P.P par la loi du 18 juin 2014,

---

visant à la réalisation d'installations ou de constructions d'intérêt général ou de service public concourant à l'équipement et à la valorisation du domaine public », GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens*, 14ème éd., 2011, p. 288.

672 V. COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la république suivi des réponses des administrations et organismes intéressés, Décembre 2003, p. 29 et 47

673 C.A.A. Lyon, 3 mars 2011, req. n°10LY00536, *Société Veolia Propreté*.

674 *Enquête sur les prix de l'incinération des déchets municipaux*, étude réalisée pour le compte de l'ADEME, Novembre 2011, p. 20.

675 *Ibid. Supra.*, p. 48.

676 Il faut touefois rappeler que, bien qu'il s'agisse d'une concession de service public, l'autorité publique doit veiller à respecter le droit de la concurrence lorsqu'elle octroie des autorisations d'occupation domaniale : C.E., 26 mars 1999, req. n° 202260, *Société EDA*, *A.J.D.A.*, 1999. 427, concl. STAHL (J.-H.), note BAZEX (M.) ; *D.* 2000. 204, note MARKUS (J.-P.) ; *R.D.I.*, 1999. 234, obs. LLORENS (F.) ; C.E., 23 mai 2012, req. n°348909, *RATP*, *J.C.P.E*, n°23, 7 Juin 2012, act. 363 ; *A.J.D.A.*, 2012.1037.

677 C. cass., Civ. 3ème, 20 déc. 2000, req. n°99-10.896, *Société Quimper Plaisance*, *L.P.A.*, 24 août 2001, p. 10, note KEITA (M.) ; C.E., 31 juill. 2009, req. n° 316534, *Société Jonathan Loisirs* : JurisData n° 2009-006579.

678 Ces mêmes baux ne sont pas, *a contrario*, interdit sur le domaine privé de la personne publique. V., par analogie, art. 14, loi n°2008-735, du 28 juillet 2008, relative aux contrats de partenariat.

relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises[679]. Ainsi, en dehors du domaine public naturel[680], « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

284. Toutefois, les activités annexes ont le défaut de leur vertu. Si elles sont réputées être plus rentables et plus aisée à exploiter[681], elles peuvent conduire l'exploitant à les privilégier et à se détourner de son office principal qu'est l'exploitation du service public[682]. Le contrôle de la personne publique est ici important et peut être renforcé par les clauses contractuelles. Des mécanismes de régulation, telles que la réutilisation des bénéfices des activités annexes au profit de l'amélioration qualitative de l'activité principale ; ou encore, la variation du tarif du service public en fonction de palliers de rentabilité atteints par le chiffre d'affaires des activités annexes, peuvent être envisagés.

285. L'obligation qui s'impose pour la personne publique avant la dévolution de son service public par voie concessive, est d'établir une analyse quantitative prévisionnelle mais stricte des avantages économiques qu'elle concède. L'appréciation séparée des redevances du service public et des recettes annexes (accessoires au service public ou non) est encore trop présente dans la pratique. Or, les termes de la directive concessions et du décret d'application de l'ordonnance de transposition sont sans équivoque : pour préparer la phase précontractuelle, les personnes publiques ont à estimer la valeur de la concession, par des

---

[679] L. n°2014-626, *J.O.R.F.*, n°0140 du 19 juin 2014, p. 10105, texte n° 1.

[680] C.G.P.P.P., Art. L.2124-35.

[681] Une activité accessoire au service public est, *de facto*, soumise aux mêmes contraintes de service public que l'activité principale. L'activité annexe est *in concreto*, une activité qui, si elle peut contribuer au bon fonctionnement du service public, ne lui est pas nécessairement liée. En l'occurrence, l'activité annexe peut être une activité purement commerciale, avec une clientèle non usager, et dont les contraintes ne sont pas celles du service public mais celles du seul droit de la consommation.

[682]L'autre risque est que le gestionnaire du service public abuse de sa position dominante pour contrôler le marché. Ce dernier, en proposant des activités annexes, ou des tarifs anormalement attractifs, peut être amené à *truster* une clientèle. C'est l'exemple du service public des pompes funèbres où les gestionnaires du service bénéficiant d'une chambre funéraire abusent quasi automatiquement de leur situation privilégiée pour développer des offres globales mêlant service public et services purement commerciaux, Conseil de la concurrence, déc. n°03-D-15 du 17 mars 2003, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes* ; déc. n°05-D-39 du 5 juillet 2005, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres*. V. aussi : C.E., Sect., 3 nov. 1997, req. n°169907, *Société Million et Marais*, *Leb.*, p. 406 ; C. cass., ch. com., 23 oct. 2001, req. n°1815 FS-P, *Pompes funèbres De Memoris c. Pompes Funèbres Générales*, *J.C.P.E.*, 2001, n°48, p. 1890.

critères objectifs et, plus précisément, par référence au chiffre d'affaires total du concessionnaire pendant la durée du contrat.

Paragraphe 2 - L'estimation du droit d'exploiter par référence au chiffre d'affaires

286. La signature du contrat de concession par les pouvoirs adjudicateurs est obligatoirement précédée par la mise en œuvre d'une procédure d'attribution concurrentielle. Cette obligation vise à se conformer aux principes des traités européens et des obligations qui en découlent. En particulier, fondée sur le principe de non-disccrimination, l'obligation de transparence entre les pouvoirs adjudicateurs et leur opérateur économique consiste « *à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* »[683].

287. En outre, la diversité des contrats de concession dans l'Union européenne[684] et leur importance économique au sein de celle-ci, a favorisé l'émergence d'une directive dédiée à la passation et à l'exécution de tels contrats. Si le contrat revêt un intérêt économique *transnational*, il doit faire l'objet d'une procédure précise et formalisée de mise en concurrence. Pour révéler cet intérêt économique européen, il est nécessaire de se référer aux seuils fixés par le législateur européen. Or, contrairement aux marchés publics pour lesquels les seuils se réfèrent au « *montant total payable hors TVA* »[685], les contrats de concession doivent être analysés selon le chiffre d'affaires qu'ils généreront.

288. En cela, la référence au chiffre d'affaires contraint les pouvoirs adjudicateurs à une estimation fine et précise des ressources globalement accordées au concessionnaire (A). Pour ce faire, il ne s'agit pas seulement de référencer les redevances perçues sur les usagers voire les recettes perçues sur les activités annexes. C'est l'analyse complète de l'équilibre économique de la concession qui doit être réalisée, à savoir celle qui permettra au pouvoir adjudicateur de connaitre la quotité de ressources procurées au concessionnaire par le contrat.

---

[683] C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, concl. FENELLY (N.), *Rec. C.J.C.E.*, p. I-10745.

[684] Chaque État membre use de techniques dites concessives, sans pour autant correspondre à une appellation identique et homogène. V. sur ce point, COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne* », *préc.*

[685] Directive 2014/24/UE, Art. 5.

Toutefois, cette évaluation ne peut être qu'approximative tant le caractère prévisionnel nuit à l'exactitude des données économiques disponibles *ex ante*[686]. Surtout, l'évaluation est contrainte par l'impossibilité d'apprécier effectivement toutes les recettes qui seront pratiquées par le concessionnaire[687] (B).

A. L'appréciation des recettes globales de la concession

289. L'appréciation des contrats de concession européens par leur valeur et le chiffre d'affaires est une innovation fondamentale de la directive *concessions*. Cette valeur de la concession, qui est la valeur du droit d'exploiter rompt fondamentalement avec l'approche d'une partie de la doctrine selon laquelle « *le contenu du contrat de délégation de service public serait l'exploitation du service. Exploitation signifie en effet mise en valeur en vue de tirer un profit. Or, en raison du but d'intérêt général de tout service public, aucune valeur ne peut être attribuée à un service public* »[688] (…). En usant de la notion de chiffre d'affaires, il s'agit pourtant d'évaluer « *la somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de services et des produits des activités annexes* »[689]. Autrement dit, le chiffre d'affaires est à estimer en deux étapes ; d'abord par la valeur du chiffre d'affaires lié à l'objet du contrat de concession (1), puis par la valeur des avantages de toute nature conférés au concessionnaire (2).

1. Le chiffre d'affaires total des activités objet(s) de la concession

290. L'évaluation du chiffre d'affaires par l'objet du contrat a été largement simplifiée par la directive concession puisqu'il n'est plus nécessaire d'évaluer et de proratiser les activités pour définir l'objet principal du contrat de concession[690]. Cette étape préalable de définition de l'objet était indispensable pour connaitre le régime de mise en concurrence du contrat. L'état

---

[686] « *Dans le cadre de la théorie des coûts de transaction, identifier les contingences futures et spécifier ex ante les adaptations nécessaires est très coûteux, voire techniquement impossible* », RICHET (C.), SOULÉ (B.), DURAND (C.), *préc.*, p. 47.

[687] « *Délégants et délégataires ne sont donc pas totalement en mesure de déterminer précisément ex ante tous les paramètres* (…) *ni de fixer exactement le montant de la subvention qui convient pour un équilibre, encore moins de prévoir les effets d'une éventuelle concurrence locale à venir* », *Ibid.*

[688] GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), LONG (M.), *préc.*., p. 685.

[689] Définition de l'INSEE.

[690] C.J.C.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, *préc.*, point 34.

antérieur du droit imposait aux autorités publiques de définir si le contrat avait plutôt pour objet des travaux, ce qui entrainait le régime juridique applicable aux concessions de travaux publics (appel d'offres ou dialogue compétitif) ; ou si l'objet était plutôt un service public, et dans ce cas c'était la procédure originale (mise en concurrence avec négociation) de l'article 38 de la loi *Sapin* qui venait à s'appliquer. La conséquence était ici une certaine insécurité juridique pour les contrats de concession de service public et de travaux publics puisque l'objet est, par nature, double[691] : sans service public pas de travaux, mais sans travaux, pas de service public[692]. En illustre la construction et l'exploitation des autoroutes. Selon un avis du Conseil d'État[693], « *lorsqu'une concession autoroutière, qui porte à la fois sur la construction des ouvrages autoroutiers et sur l'exécution de la mission de service public de la circulation sur ces ouvrages, a pour objet principal la réalisation des travaux d'un montant égal ou supérieur au seuil* (…) *elle est soumise, pour son régime de passation, exclusivement aux règles applicables aux concessions de travaux publics, sans qu'il y ait lieu de se référer à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993* ». Or, qu'il s'agisse du code de la voirie routière[694], de la Cour des comptes[695], ou même du Conseil d'État lui-même, il n'est pas dénié que les concessions autoroutières sont des concessions de service public et de travaux publics. Cependant, si un avenant modificatif à la délégation de service public prévoyait de nouveaux travaux, la procédure à suivre devait être celle des concessions de travaux publics[696], y

---

[691] BETTINGER (C.), *préc.* p.8.

[692] « *une concession de travaux publics entendue strictement, c'est-à-dire sans service public, est exceptionnelle dans notre droit* », RAYMUNDIE (O.), « L'apport de la concession de travaux publics dans les contrats publics », *A.C.C.P.*, n°100, juin 2010.

[693] C.E., avis, req. n°383668, 16 mars 2010*, Dr. adm.* , Octobre 2011, n°10, note PROOT (P.).

[694] La loi (C.V.R., art. L.122-4), définit qu' « *en cas de délégation des missions de service public autoroutier* », le contrat liant l'autorité et le concessionnaire est une délégation de service public dont le régime est celui de la loi du 29 janvier 1993 (C.V.R., art. L.122-4-2). Il en va de même pour la construction et l'exploitation d'ouvrages d'art (C.V.R., art. L.153-1 et s.).

[695] Cour des comptes, Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Juillet 2013.

[696] « *Ainsi, et contrairement aux doutes qui ont pu être exprimés par certains auteurs, le recours au critère de l'objet principal est désormais seul déterminant au moins au-dessus du seuil communautaire des travaux et la présence d'une mission de service public, si elle ne constitue pas l'objet principal de la mission du concessionnaire, ne saurait entraîner l'application des règles de passation propres aux conventions de délégation de service public, la passation d'une concession à objet mixte ayant pour objet principal la réalisation de travaux étant soumise aux seules dispositions issues de l'ordonnance n° 2009-864 et du décret n° 2010-406.* », PROOT (P.), *D.A*, Octobre 2011, n°10, *supra*..

compris si ces travaux étaient l'accessoire direct et indispensable de la mission de service public[697].

291. Désormais, l'article 7 de la directive impose une évaluation homogène de la valeur de l'objet contractuel[698] : « *La valeur d'une concession 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* »[699]. Il s'agit ici pour l'autorité concédante de se doter de moyens d'évaluations préalables pour estimer la valeur prévisionnelle du contrat à partir des éléments déterminant son équilibre économique[700]. La méthode, objective et transparente, prend en compte tant les recettes tirées des travaux et des services rendus[701], que des effets de la durée sur l'évolution de ces recettes. En ce sens, et contrairement à l'ancienne procédure des délégations de service public[702], la valeur du contrat doit être anticipée en fonction de « *toute forme d'option et les éventuelles extensions de la durée de la concession* »[703]. Il n'est alors plus seulement question de déterminer la durée de l'exploitation, mais d'en déterminer les impacts sur le niveau de rémunération du concessionnaire[704].

---

[697] « *La présence, même très accessoire, d'une prestation de service public confiée au concessionnaire de travaux, entraînait jusqu'à aujourd'hui, en droit français, la qualification de délégation de service* public », COSSALTER (P.), « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1882.

[698] Il demeure que les concessions exclues du champ de la directive et des normes de transposition interne, n'ont pas à suivre la lettre de la procédure, mais *a minima* son esprit. C'est en tout cas cette position qui semble la plus respectueuse de la décision *Telaustria*. V. Décret n°2016-86, Art. 9.

[699] La directive ne fait ici ni référence à la notion de service public ni à la notion de travaux publics qui sont plus restrictives que les notions de « service » et de « travaux ».

[700] V. *Infra*, Seconde Partie, Titre II.

[701] Directive 2014/23/UE, Art. 8, 3°, b). Décret n°2016-86, Art. 7, I, 2°.

[702] « *c'est certainement là le bouleversement le plus important au regard de l'état du droit national, est que l'équilibre économique du contrat reposant sur toutes ces composantes et permettant d'apprécier le risque supporté par le délégataire doit être évalué de manière globale et ce dès la procédure de passation. Plus précisément, le texte de la directive prévoit que les parties, en particulier l'autorité délégante, doivent réaliser en amont de la signature une expertise de cette économie contractuelle* », VILA (J.-B.), « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », *Dr. adm.*, n°11, Novembre 2014, étude 17.

[703] Directive 2014/23/UE, Art. 8, 3°, a). Décret n°2016-86, Art. 7, I, 1°.

[704] L'ancien article L.1411-2 C.G.C.T imposait seulement au délégant de fixer préalablement une durée d'exploitation, éventuellement négociée par la suite, mais toujours limitée à une *durée normale d'amortissement*. Bien que cette durée ait pu permettre d'évaluer les incidences comptables puis, économiques, de la durée, cela ne s'est jamais accmpagné d'une

292. Cette étape de l'évaluation de la valeur est aussi fondamentale et contraignante qu'elle peut être floue et sujet à contentieux. D'abord, parce que le terme chiffre d'affaires du concessionnaire ne correspond en rien à la notion comptable du chiffre d'affaires. Selon la définition retenue par l'INSEE, « *le chiffre d'affaires représente le montant des affaires (hors taxes) réalisées par l'entreprise avec les tiers dans l'exercice de son activité professionnelle normale et courante. Il correspond à la somme des ventes de marchandises, de produits fabriqués, des prestations de services et des produits des activités annexes* ». Or, une lecture précise de l'alinéa 3 de l'article 8 de la directive 2014/23/UE repris par l'article 7 du décret du 1er février 2016, inclut notamment[705] au *chiffre d'affaires*, « *des subventions ou* (…) *tout autre avantage financier* ». En comptabilité, ces « recettes » ne figurent pas dans le chiffre d'affaires de l'exploitation mais sont des produits exceptionnels non liés à la gestion courante de l'activité. Tel est le cas, par exemple, du régime fiscal dérogatoire du concessionnaire de l'amortissement de caducité qui, sans être constitutif du chiffre d'affaires, est une aide fiscale valorisable en ce qu'elle vient diminuer le résulat imposable. Il est entendu que par notion de *chiffre d'affaires du concessionnaire*, il est question de la valeur de tout élément qui est objectivement dans la « rémunération » du concessionnaire[706].

293. Puis, le caractère prévisionnel de la valeur ne peut être la valeur exacte et réelle. Elle n'est qu'une donnée fiable et aussi exacte que possible à la date de l'envoi des avis d'appel à

---

estimation de la valeur dans la concession de la durée et de ses incidences. De même, les modifications unilatérales (mais négociées) portant allongement de la durée d'exploitation ne voyaient que peu leurs incidences financières évaluées préalablement par le délégant (C.G.C.T., ex-Art. L.1411-2), ce qui les plaçaient face à un risque contentieux élevé par rapport aux exigences de la jurisprudence européenne (V. C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, I, p. 04401 ; C.J.U.E., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG, Rec. C.J.U.E.*, p. I-02815).

[705] L'exemple est ici explicite. Un autre exemple pourrait être pris au travers de « *la valeur de toutes les fournitures et de tous les services mis à la disposition du concessionnaire par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, à condition que ces fournitures et services soient nécessaires à l'exécution des travaux ou à la prestation des services* ». Il s'agit des apports en nature de la personne publique et qui, *in conreto*, ne sont pas du « chiffre d'affaires ».

[706]Cette conception globalisante du chiffre d'affaires est celle retenue en matière fiscale, particulièrement dans l'établissement des proratas d'assujettissement à la TVA et à la Taxe sur les salaires, C.E., 15 avr. 2015, req. n°369652, *Société AB Science*, *Dr. Fisc.*, 2015, n°26, comm. 430 ; *J.C.P.E.*, n°28, 9 Juillet 2015, 1352, comm. BOUCHET (D.).

concurrence[707]. Cette sincérité dans l'évaluation économique de la valeur de la concession est ici encadrée. Elle l'est temporellement et quantitativement : lors de l'attribution du contrat, la valeur ne doit pas être « *supérieure de plus de 20 % à sa valeur estimée* ». En l'occurrence, ce niveau de rémunération n'est pas limitatif aux recettes d'exploitation, mais à tout droit et avantage accordé au concessionnaire dans la convention.

2. L'inclusion expresse des droits et avantages accordés au contrat

294. L'office des autorités publiques face à l'équilibre économique des concessions est renforcé par l'identification des recettes annexes susceptibles de bénéficier au concessionnaire. L'article 8 décret du 1er février 2016 précise à cet égard que figurent « *notamment* » : les paiements par les autorités publiques (concédante ou non), les avantages financiers de toute nature (subventions, droits exclusifs, droits spéciaux, prérogatives exorbitantes, aides fiscales, etc.), les recettes de la vente d'actifs de la concession et les mises à disposition nécessaires du concédant aux fins d'exécution des missions du concessionnaire[708].

295. Ces précisions favorables pour l'inventorisation des ressources du concessionnaire n'est pas à négliger par les autorités concédantes. La responsabilité qui pèse sur les autorités publiques dans cette appréciation des ressources du concessionnaire n'est pas à négliger. En effet, les recettes annexes ont une influence certaine sur chaque composante de l'équilibre économique du contrat. D'abord, les recettes annexes sont, en tout état de cause, un élément de réduction du risque économique liée à la concession[709]. En générant des ressources variées par le contrat, le concessionnaire réduit son risque principal, celui de ne pas percevoir suffisamment de recettes pour recouvrer ses charges d'investissement et d'exploitation. Aussi, selon leur volume, il pourra se poser la question d'une garantie de résultats. Or, une telle garantie conduit à la requalification du contrat en *marché public*.

296. Puis, selon la quotité des recettes annexes, l'amortissement de l'investissement peut être accéléré, ce qui tend à déconnecter la durée d'exploitation fixée *ab initio* et la durée

---

[707] Décret n°2016-86, Art. 8.

[708] Décret n°2016-86, Art. 7.

[709] VILA (J.-B.), « L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégations de service public », *J.C.P.A.*, n°11, 21 Mars 2016, 2063.

nécessaire pour que les données du prévisionnel se réalisent effectivement. La résultante est alors l'augmentation de la période de *rente* du concessionnaire à l'insu des autorités concédantes[710].

297. Si cette obligation désormais normative d'évaluation des recettes de toute nature tirées de la concession est incontournable, il persiste que la réalisation de cette obligation ne pourra que varier selon l'entité de tutelle. En l'absence de guide ou de méthodologie à disposition du concédant, il reviendra aux pouvoirs adjudicateurs de les réaliser par leurs propres moyens. Or, toutes ne sont pas égales sur ce point. Le risque ici sous-entendu est que nombre de recettes annexes demeureront soustraites de l'évaluation soit de par leur méconnaissance soit de par leur dissimulation dans les rapports d'exploitation. Aussi, et peut-être est-ce là la plus grande incomplétude de l'évaluation par le chiffre d'affaires dans un environnement à risques, la sincérité des données pré-évaluées n'est pas annoncée. En outre, quel est le taux de marge d'erreur dans cette évaluation ? Quelles sont les conséquences d'une évaluation erronée à terme de 2 ans, 5 ans ou au-delà ? La logique du seuil comme référentiel de l'intérêt économique des entreprises européennes à cette lacune. En tout état de cause, une erreur dans l'évaluation devrait être susceptible d'annuler le contrat au motif d'une procédure viciée et de l'intérêt lésé de potentiels soumissionnaires. Or, les données prévisionnelles n'ont de valeur que si elles sont sincères et loyales[711]. Aussi, la difficulté d'une évaluation sincère, à un instant T dans un environnement supposé être risqué, est réelle. Le transfert du risque d'exploitation, central dans les concessions et primaire dans la définition de l'équilibre économique, a des effets plus ou moins volatiles. De la sorte, si les risques ne se réalisent jamais, la valeur totale de la concession peut être largement dépassée.

298. C'est alors à l'aune du risque d'exploitation que la valeur hors taxe doit être appréciée. Si cela transpire de toute la directive 2014/23/UE et de ses transpositions, cette précision est étonnament absente de l'exhaustive liste d'éléments qui composent la valeur de la concession. Au mieux, le gestionnaire public se satisfait d'une précision sur la marge d'appréciation dont il dispose dans l'évaluation. Celle-ci est non valide si « *au moment de l'attribution* (la valeur) *est supérieure de plus de 20 % à sa valeur précédemment estimée et qu'elle excède alors le*

[710] VALETTE (B.), « Recettes accessoires du délégataire, l'éternelle oubliée ? », *op. cit* ; GRAS (A.), « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Dr. adm.,* n°7, Juillet 2012, étude 13.

[711] VILA (J.-B.), « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté « précontractuelle » en délégations de services publics », *J.C.P.A*., n°29, 20 Juillet 2015, 2232.

seuil (…), *une nouvelle procédure de passation est mise en œuvre si les règles procédurales applicables aux contrats dont la valeur excède ce seuil n'ont pas été respectées* ». En cela, la valeur est une donnée de préservation procédurale, et non une donnée capable d'apprécier *in fine*, la réalité économique espérée de la concession.

B. Les recettes dissimulées de la concession

299. Le sujet relatif à la présence probable de recettes dissimulées au concédant et non nécessairement inscrites dans le « chiffre d'affaires » de l'exploitation, est intimement lié à la notion de valeur. Utilisés par la directive 2014/23/UE et par le décret n°2016-86, la valeur est utilisée à deux reprises soit pour faire référence à la détermination du risque d'exploitation par la valeur actuelle nette (V.A.N.), soit pour définir le chiffre d'affaires de la concession et vérifier sa position par rapport aux seuils européens de procédure de mise en concurrence. Pourtant, l'une mesure la rentabilité de l'investissement dans l'exploitation fondée sur la somme des flux de trésorerie (*cash-flow*) engendrés par l'opération ; l'autre mesure le volume de ventes de biens ou de prestations de services sur un ou plusieurs exercices. Il y a entre ces deux définitions une différence d'échelle (le chiffre d'affaires intègre les flux de trésorerie), et une différence d'objet mesuré (la rentabilité d'un investissement-le risque d'exploitation ; le volume de vente-le seuile de procédure de mise en concurrence).

300. En ne définissant la valeur de la concession que par référence à des éléments constitutifs du chiffre d'affaires, les dispositions relatives à la *valeur* de la concession n'intègrent pas *de facto* l'ensemble des flux de trésorerie générés par l'investissement que représente l'opération de concession. Ainsi, bien que plus globalisante que la procédure précédente pour laquelle seuls les revenus principaux étaient pris en compte, l'article 7 du décret n°2016-86 se limite aux recettes classiques d'une concession, bien qu'elles fussent autrefois implicites[712]. Or, cela vaut particulièrement pour les grandes sociétés concessionnaires, l'obtention d'un contrat de concession a une valeur réelle sur le marché et de multiples solutions s'offrent à elles pour en faire fructifier les richesses. La concession est gérée comme un véritable actif.

[712] On pense aux recettes accessoires, ou au chiffre d'affaires généré par les prolongations contractuelles.

301. En l'occurrence, les gains de gestion que représentent les *goodwill*[713] peuvent être de différentes natures mais ont tous la particularité de ne pas faire partie de la notion de chiffre d'affaires telle que définie précédemment. Elles deviennent ainsi des *recettes extra-contractuelles*. On retrouve par exemple, les gains de gestion des actifs de la concession comme le placement financier des dotations sur les immobilisations. Si cette pratique est aujourd'hui largement anticipée par les personnes publiques concédantes[714], elle repose sur la seule supposition que l'utilisation de produits financiers sur les sommes provisionnées est une éventualité à ne pas négliger. Autre exemple, c'est la valorisation par la société concessionnaire du bénéfice de la créance que représente la concession sur les marchés financiers, ou sur le marché concurrentiel. En effet, la détention de créances de source publique a un effet positif sur le *prestige* de la société concessionnaire qui sera en position de force pour remporter d'autres contrats d'initiative publique ou non[715]. En témoigne le comportement sur les marchés financiers du cours des titres des actions concessionnaires ou dépendantes des commandes publiques[716]. Aussi, la position du concessionnaire est très généralement celle d'un opérateur privilégié, protégé sur son exploitation par des droits particuliers dont ne jouît par le concurrent direct. Si ces avantages sont octroyés par la présence d'une mission d'intérêt général, la position dans laquelle se trouve l'exploitant est dominante et préférentielle quelle que soit l'activité poursuivie.

302. Face à ces *gains de gestion* et face à la notion de chiffre d'affaires seule utilisée pour déterminer la « valeur » de la concession, la prise de conscience par les personnes publiques concédantes de ces *valeurs dissimulées* voire des *recettes dissimulées*, n'est pas facilitée. Cela

---

[713] On entend par *goodwill* dans les concessions, la valorisation par le concessionnaire de son actif de par les éléments externes à l'exploitation du service. En l'occurrence, il peut s'agir de la plus-value espérée par la cession de la société concessionnaire, plus-value à laquelle ne peut prétendre une société ordinaire du même secteur, et qui est générée par la détention du titre d'exploitation. V. à ce sujet, DAVID (E.), « Return on goodwill », *Journal of Applied Business Research*, Mars/Avril 2010, 26, 2, ProQuest Business Collection, p. 93 ; VILA (J.-B.), « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant – Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publ.,* n°5, Mai 2010, Etude 5.

[714] Par exemple, elles incluent dans le calcul du montant à doter pour les renouvellements, les bénéfices d'un placement à un taux d'intérêt moyen prédéfini.

[715] DAVID (E.), *préc.*

[716] Pour une illustration, LASKINE (R.), « Les concessionnaires d'autoroutes ont tout pour séduire la Bourse », Le Figaro Bourse, 27 mai 2016, disponible http://bourse.lefigaro.fr/indices-actions/actu-conseils.

s'avère d'autant plus vrai que les personnes publiques demeurent confrontées à deux phénomènes qui leurs sont plus ou moins imputables.

303. Le premier est l'extrême variabilité en capacité des personnes publiques à évaluer leur besoin. Si les personnes publiques sont destinées à répondre positivement aux nécessités d'intérêt général, il n'est pas de leur compétence naturelle d'en connaître les spécifités techniques. Ainsi, le secteur de l'entreprise, ses méthodes de financement, ou ses modes de fonctionnement, ne sont pas des connaissances acquises et systématiques pour toutes les collectivités publiques[717]. Force est de constater que sur ce point, la notion de chiffre d'affaires n'est pas adaptée. Il convient alors de préférer celle de valeur actuelle nette (V.A.N.) et de calculer un Taux de rentabilité interne de projet qui prendrait éventuellement en compte les coûts de financement et les taux d'intérêts moyens du marché[718].

304. Le second est quant à lui juridique. Si les personnes publiques ont un pouvoir de contrôle et de direction dans les contrats administratifs, celui-ci est limité dans sa portée et dans son fonctionnement. Ainsi, l'ingérence de la personne publique dans la gestion du service public est strictement limitée ; elle ne peut prétendre qu'au rapport de gestion défini à l'article 33 du décret du 1er février 2016 ou à l'inventaire des biens de la jurisprudence *Commune de Douai*[719]. Au mieux, elles peuvent imposer des indicateurs particuliers, précis, mais qui dépendent de la diligence du concessionnaire. Ce dernier peut être plus ou moins disposé à révéler les données exactes de l'exploitation, particulièrement lorsque l'activité lui est profitable. Il s'agit alors d'une situation d'*asymétrie* ou, autrement dit, de *dissymétrie* informationnelle[720]. La connaissance de l'étendue des recettes par le concédant n'y échappe pas puisque « *dans bien des hypothèses, l'autorité concédante, lorsqu'elle a connaissance de l'existence même de ces recettes, n'est absolument pas en mesure de chiffrer le montant de ces recettes, ces dernières ayant été générées par des activités non - ou partiellement - déclarées par le concessionnaire* »[721].

---

[717] Toutefois, certaines d'entre elles, lorsqu'elles recourent à des modèles de sociétés à capitaux publics, majoritaire ou pour partie, doivent être en mesure d'en apprécier les enjeux.

[718] V. *Infra*, Seconde Partie, Titre II, Chapitre 1, § 2.

[719] *Supra.*

[720] VILA (J.-B.), « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant – Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publ.,* n°5, Mai 2010, Etude 5.

[721] VALETTE (B.), *préc.*

305. Le dispositif voulu par le législateur européen ne manque pas d'interroger. S'il permet de faire de l'équilibre économique un élément caractéristique de la concession à apprécier en sa globalité, une réserve est à porter sur les modalités de sa mise en œuvre. Par l'absence de moyens matériels donnés aux pouvoirs adjudicateurs pour apprécier concrètement la portée économique des recettes de la concession – bien qu'identifiées mais non exhaustives –, il revient à leur seule capacité d'instruction d'établir une méthode d'évaluation probante. Or, cela laisse la place à un aléa d'appréciation préjudiciable et qui rompt sensiblement avec un des objectifs du nouveau droit des concessions : replacer le risque économique au centre des conventions.

Conclusion du Chapitre II

306. L'équilibre économique de la concession dépend de la valeur du droit financier accordé au concessionnaire en contrepartie des investissements qu'il réalise. Cette valeur, dont la tradition voulait qu'il s'agisse du cumul des redevances (tarifs) perçues sur les usagers pour le service public, a vu progressivement son contenu s'étendre. Le droit européen, en préférant le terme de « droit d'exploiter », a entendu exclure l'idée selon laquelle la concession n'alloue qu'un type de ressource au concessionnaire. Au contraire, le droit d'exploiter est protéiforme et élastique, allant de la redevance pour service rendu à la cession d'actifs, ou encore de la subvention en numéraire aux avantages implicites (protection sur le marché, position dominante, etc.). Toutefois, la lumière apportée par le droit sur les ressources réelles perceptibles par le concessionnaire ne résout pas certaines problématiques liées à l'incapacité des personnes publiques à évaluer la richesse du patrimoine transféré par la concession. En témoigne une difficulté pratique à venir, pour estimer la valeur *ex ante* par le chiffre d'affaires hors taxe sur toute la durée du contrat. Sans trop d'indications sur la sincérité de cette évaluation[722] et son influence sur la légalité du contrat, il est fort probable que nombre d'autorités publiques seront dans l'impossibilité d'y parvenir.

[722] Car les précisions fournies par l'article 8 du décret n°2016-86 relève plus d'un mécanisme de *mise à jour* que d'un outil favorable à la vérification de sincérité des offres des candidats.

Conclusion du Titre I

307. Dans la sphère économique, les partenariats publics privés sont des actifs financiers, estimables et valorisables, constitutifs d'un marché à part entière sur le territoire national, européen[723] et mondial. En tant que modèle de partenariat, le contrat de concession est le moyen privilégié du financement partenarial. Par conséquent, lorsqu'il est fait recours à la concession pour la gestion d'un service public, la construction du contrat et de son équilibre imposent qu'il soit extrait de l'activité d'intérêt général toutes ses caractéristiques économiques. En réalité, parce que le contrat de concession autorise le concessionnaire à se rembourser et à se rémunérer par le service, celui-ci ne peut être autre chose qu'une activité économique. Les qualifications d'activités industrielle et commercial ou administrative n'ont ici que peu d'influence. Le droit européen l'a confirmé et répété via la notion de S.I.G. Le contrat de concession en est une application ; quelle que soit sa nature, si l'activité est concédable, c'est à la seule condition qu'elle satisfasse à l'exigence d'autonomie financière pondérée du niveau de risque associé à cette activité et transféré au concessionnaire. Telle est la conception du droit d'exploiter[724] qui s'intègre dans l'équilibre économique comme une contrepartie du risque. L'intéraction forte des éléments de l'équilibre de la convention impose une appréciation globale : tout commence par le risque à transférer ; la durée et la rémunération sont, elles, des contreparties du risque.

---

[723] « *Selon la Banque européenne d'investissement, plus de 1300 contrats de partenariat public/privé (PPP) ont été conclus dans l'UE entre 1990 et 2009, ce qui représente plus de 250 milliards d'EUR. Les concessions sont la forme la plus courante de PPP (60%).* », Publication de la Commission européenne, *Les nouvelles règles sur les marchés publics et les concessions plus simples et plus flexibles*, disponible : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_fr.htm.

[724] Concl. FENNELY (N.), 18 mai 2000, sous C.J.C.E, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, *préc.*

Titre II - Le transfert du risque économique

308. L'étude systématique de la notion de risque issue des théories économiques[725] est un préalable nécessaire à la compréhension de la notion de risque d'exploitation. Cette étude, qui fait ici l'objet d'une synthèse rapide[726], permettra par la suite de s'extraire des scories de langage, termes de substitution ou autres confusions, largement répandus et dont le droit abuse régulièrement. On peut en relever principalement deux. D'abord, le risque n'est pas l'aléa. Il en diffère de par son champ d'application qui est plus restreint. L'aléa regroupe tous les évènements incertains, mesurables ou non, prévisibles ou non, maitrisables ou non. En d'autres termes, le risque est un aléa prévisible. De plus, le risque n'est pas l'incertitude ; car, comme il vient d'être dit, le risque est une incertitude par nature mesurable, ce que toutes les incertitudes ne sont pas[727]. En d'autres termes, il est possible de s'assurer contre un risque, mais jamais contre l'incertitude non mesurable, soit l'aléa imprévisible.

309. En outre, à partir de la distinction opérée, peut être dressée l'économie du risque. Le risque, parce qu'il est mesurable, est encouru par l'investisseur selon son aversion au risque. En contrepartie de ce risque, il est en droit de demander une rémunération dont le volume dépend du niveau de risque et de la moyenne de rémunération d'un investissement non risqué sur le marché. Ainsi, la contrepartie du risque est le profit. Ce profit est protéiforme en ce qu'il est l'ensemble des avantages perçus suite à l'investissement fourni. Il ne se résume pas aux seuls flux de recettes issus de l'exploitation de son investissement.

310. Pourtant, telle fut longtemps la perception juridique du risque dans les délégations de service public. Le risque, c'est la rémunération liée aux résultats de l'exploitation. Ce décalage s'explique notamment par les difficultés matérielles à faire du risque un critère autonome et véritable pour définir les délégations de service public. En premier lieu, parce que le risque n'a jamais été défini. Si le risque a toujours été présent dans les contrats de concession de service public, c'est surtout pour révéler des situations d'aléas imprévisibles et non de risques. En l'occurrence, le risque est le fruit d'un raisonnement par la négative : il n'est ni l'aléa imprévisible, ni l'aléa moral. En second lieu, parce que la notion de

---

[725] V. par exemple, KNIGHT (F.), *Risk, Uncertainty and Profit*, 1964.

[726] Pour une étude complète et détaillée de la notion de risque, PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs, préc.*

[727] KNIGHT (F.), *Risk, Uncertainty and Profit*, 1964, p. 22.

rémunération sur les usagers du service public a été au moins autant utilisée que celle de risques et périls pour caractériser la particularité de la concession de service public. Elle est même, pendant un temps, devenue la seule notion à pouvoir définir un contrat de délégation de service public. La rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation était, du point de vue de ses concepteurs, le moyen de faire une place matérielle au risque comme critère de qualification des contrats administratifs[728].

311. Désormais, le risque prend une place centrale dans les catégories juridiques contractuelles établies par le droit européen. Il est le critère de qualification des *concessions* et *marchés publics*. Il est surtout le critère dont découle la construction de l'équilibre économique du contrat. Car le transfert du risque d'exploitation est l'élément autour duquel gravite chaque composante de l'équilibre économique. Il est le moyen par lequel se construit et se déconstruit l'équilibre économique du contrat. Le risque est ainsi ambivalent. Sa non occurrence permet d'amortir l'investissement et le retour sur capital investi du concessionnaire. Son occurrence, elle, doit être de nature à l'empêcher (**Chapitre I**).

312. Par ailleurs, le risque entretient une relation physique avec le temps. Plus le temps est long, plus les chances d'occurrence de l'évènement risqué s'accroissent. Mesurer le risque n'est pas autre chose qu'un essai de prévision dans le temps des phénomènes qui pourraient déclencher le risque. Or, la longue durée réputée du contrat de concession n'a pas seulement pour effet d'augmenter la probabilité d'occurrence du risque. Elle est aussi et surtout un moyen pour le cocontractant de récupérer son investissement et de lisser son risque financier sur plusieurs années. Dans la pratique, les effets du temps sur le risque d'exploitation sont tout à fait maitrisés par les parties. Le constat est plus nuancé concernant la maitrise des aléas imprévisibles (**Chapitre II**).

[728] « *Pour vérifier si le contractant assume ou non un risque lié à l'exploitation, le recours à la notion de résultats nous paraît particulièrement approprié.* », concl. BERGEAL (C.), *A.J.D.A.*, 1999, p. 517.

Chapitre I - Le risque d'exploitation pivot de l'équilibre

313. S'il est un élément central de définition des contrats administratifs, celui-ci serait inévitablement le critère du risque. L'attachement au critère du risque démontre une certaine vérité qui existe entre la construction de l'équilibre économique des contrats et l'acception du risque dans ces contrats. En fait, pour être plus précis, c'est par la théorie des « *risques et périls* » que les premières définitions modernes de l'équilibre économique ont pu être faites entre les concessions et les autres contrats de l'administration[729]. Ainsi, au début du 20ème siècle, la théorie des risques et périls plaçait le concessionnaire comme le seul à devoir supporter financièrement l'occurrence d'évènements prévisibles en cours d'exécution du contrat. Les risques liés au service public lui sont entièrement transférés en lieu et place de la personne publique[730].

314. Pourtant, le consensus global sur la nécessité de faire du risque le critère d'ajustement de l'équilibre contractuel n'a pas empêché que le critère du risque connaisse de nombreuses altérations[731]. Ces altérations sont pour partie liées à l'intime proximité entre le critère du risque et le critère de la rémunération du concessionnaire[732]. L'un ne pouvant aller sans l'autre. Le contrat ne peut être une concession si le cocontractant ne subit pas de risque d'exploitation, risque qui est constitué par l'impossibilité de se rémunérer par l'exploitation. Et inversement, le contrat n'est pas une concession bien que le cocontractant se rémunère par l'exploitation du service, si cette rémunération n'est soumise à aucun aléa d'exploitation[733].

315. Or, la jurisprudence *Préfet des Bouches du Rhône c. Commune de Lambesc*. a scellé une fusion des critères autrefois séparés du risque et de la rémunération, pour établir qu'une délégation de service public est un contrat par lequel le délégataire se rémunère substantiellement par les résultats d'exploitation. C'est ainsi que le risque, par la

---

729729 PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, p. 89 et s.

730 « *Pour éviter d'exposer la personne publique à tous les risques* (…) », concl. CHARDENET (P.) sous *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *préc.*, p. 128.

731 BETTINGER (C.), *préc.*, p. 119.

732 PEZ (T.), *supra.*, p. 94.

733 C.E., 7 mars 2014, req. n° 372897, *CHU-Hôpitaux de Rouen*, *Contrats et Marchés publ.,* 2014, comm. 151, note ECKERT (G.) ; *Dr. adm.* 2014, comm. 32, note SÉE (A.), *J.C.P.A.*, n°38-39, 2014, p. 2269, comm. AMILHAT (M.).

rémunération, est devenue non plus un critère *autonome* de définition, mais un élément de présomption d'une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation[734].

316. Cette logique juridique qui est de définir l'équilibre économique de la concession par la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation a abouti à en banaliser l'emploi[735] et à créer des paradoxes avec la notion de concession[736]. Le risque des délégations de service public est devenu non le risque d'échouer l'exploitation, ou le risque d'en tirer des profits, mais le risque de ne pas en tirer tous les bénéfices escomptés. Car, et c'est là un élément fondamental de la concession, elle est la contractualisation d'une entreprise[737] d'intérêt général. En cela, le contrat doit être le reflet d'une volonté de mobiliser tous les moyens à la disposition du cocontractant pour mener une activité dont il n'est pas certain qu'elle puisse être fructueuse. Cette approche, qui est celle retenue avec le droit européen[738], ne concordait plus avec la jurisprudence et la législation interne bien établie.

317. Désormais, les normes relatives aux concessions sont au moins claires sur une idée directrice ; le transfert du risque est le seul moyen de définir l'équilibre économique des contrats. Il s'inscrit en filigrane de l'équilibre économique en fonction du transfert de risque convenu (*Section 1*). Ce risque transféré jouit d'une autonomie renouvelée dans l'équilibre économique et ne saurait se résumer à la question du mode de rémunération du cocontractant. Il doit plutôt être rapproché de tous les autres éléments de définition de l'équilibre économique. (*Section 2*).

Section 1 - Le transfert du risque, condition de l'équilibre économique

318. Dans son ouvrage sur *Le risque dans les contrats administratifs*, T. PEZ relève que « *la doctrine contemporaine qui cherche à faire du risque le critère ultime de la concession*

---

[734] BERGEAL (C.), « Importance du critère de la rémunération dans la distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public », *A.J.D.A.*, 1999, p. 714.

[735] Dans l'arrêt *SMITOM*, le contrat prévoit que seulement 30% des recettes sont liées à l'exploitation, ce qui ne permet pas d'exclure la qualification en délégation de service public. C.E., 30 juin 1999, req. n°198147, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marais (SMITOM)*, *préc.*

[736] V. *Supra*, Titre I, Chapitre II, introduction.

[737] Dans son sens noble.

[738] C.E., 13 oct. 2005, aff. C-548/03, *Parking Brixen*, *Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. I-08585. C.J.C.E. ; 18 janv. 2007, aff. C-220/05, *préc.*

affirme systématiquement qu'elle trouve sa légitimité dans l'histoire »[739]. Cette légitimité, est trouvée dans les conclusions du commissaire du gouvernement CHARDENET sur l'affaire *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. Dans cette affaire, le contrat de concession conclu avant la première guerre mondiale, a vu le tarif du gaz sensiblement augmenté pendant l'occupation ennemi, faisant du gaz à charbon une matière première qui s'est rarifiée. Or, si le concessionnaire est tenu de s'engager contractuellement sur la réalisation des obligations en fonction de prévisions qui doivent prendre en compte « *les aléas du marché* », l'augmentation due au conflit ne peut être considérée comme une « *variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques* » dont le concessionnaire aurait à assumer les conséquences à « *ses risques et périls* »[740]. Ce fondement historique, constamment repris par la doctrine, permet d'affirmer que le transfert de risque est une condition traditionnelle de l'équilibre économique des contrats de concession (**§1**).

319. Le transfert du risque est aussi un élément positif de définition de l'équilibre économique du contrat de concession. Si la jurisprudence en droit européen en a toujours usé pour distinguer *marchés publics* et *autres contrats des pouvoirs adjudicateurs*, principalement pour définir les règles de procédure d'attribution applicables, la directive *concessions* et les normes de transposition en droit interne en font expressément le pivot central de leur équilibre économique. La directive dispose ainsi que « *l'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* »[741].

320. L'ordonnance du 29 janvier 2016 dispose quant à elle que « *les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou 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*

[739] PEZ (T.), *préc.*, p. 87.

[740] Concl. CHARDENET (P.), *préc.,* p. 744.

[741] Directive 2014/23/UE, Art. 5.

fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix »[742]. Le transfert de risque, au-delà, d'être une condition de fait dans les concessions, est aujourd'hui une condition de droit (**§2**).

Paragraphe 1 - Une condition traditionnelle

321. La notion de « *frais et risques* »[743] ou de « *risques et périls* » du cocontractant de l'administration participe à la définition de l'équilibre économique des contrats administratifs. L'équilibre économique, qui se veut l'équation honnête entre les coûts et les bénéfices du contrat, diffère du « droit »[744] à l'équilibre financier du cocontractant. L'équilibre économique est un état contractuel né des prévisions économiques stipulées au contrat. De cet état contractuel, *a priori* satisafaisant, découle des droits et des obligations respectives pour les parties. L'équilibre économique est ainsi une donnée sur laquelle le cocontractant a une influence et une participation directe.

322. Mais le risque et périls institue aussi une limite de responsabilité du concessionnaire. L'occurrence d'évènements perturbateurs peut fragiliser l'état d'équilibre économique et influer sur les conditions normales d'exploitation. Ces évènements, lorsqu'ils sont extérieurs à la gestion personnelle du concessionnaire, et qu'ils bouleversent l'économie générale du contrat, doivent donner lieu à une compensation ou à une indemnisation. Cette idée de maintenir l'équilibre économique face aux aléas imprévisibles et extérieurs au concessionnaire, est intimement présente dans la notion de risques et périls (A). La notion de risques et périls ou de risque d'exploitation connaît une application particulière dans les contrats de concession de service public et de travaux publics. Par ses caractéristiques singulières, la concession est le contrat qui matérialise le mieux un transfert de risque plein et entier. Elle illustre parfaitement le transfert d'une plénitude de risques endogènes (B).

A. La notion d'exploitation aux risques et périls

323. La notion d'exploitation aux risques et périls du concessionnaire peut être expliquée de deux manières. La première peut faire référence à ce qu'est en réalité l'exploitation d'activité. L'exploitation d'une activité est l'action par laquelle un gestionnaire met en œuvre tous ses

---

[742] Ord. 29 janv. 2016, Art. 5.

[743] Concl. CHARDENET (P.), *préc.*

[744] V. à ce sujet, SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » *in Mélanges offerts à Laurent Richer*, *préc.*

moyens de production parce qu'il a un intérêt à en tirer profit. Théoriquement, pour tirer profit d'une activité, il est nécessaire que la réussite de son exploitation ait une part d'incertitude. S'il échoue il en sera le seul responsable. Une seconde manière peut amener à faire une analogie avec la notion de « risques et périls » en droit privé concernant la réalisation des obligations. La notion évoque le comportement d'un créancier ou d'un débiteur dont on ne sait par avance s'il sera en adéquation avec le droit. L'un ou l'autre agisse à leurs risques et périls, dès lors qu'un *risque légal* pèse sur leur attitude[745]. Dans ces deux références, on comprend qu'agir à ses risques et périls nécessitent une mise en jeu dont les conséquences seront supportées par celui qui l'a décidé (1). Ces références permettent aussi de comprendre que par transposition dans les contrats de concession de service public, les risques et périls ont permis de détacher de la responsabilité du concessionnaire, des évènements qui ont pour lui, les caractéristiques d'une *force majeure*[746] (2).

1. Un levier de responsabilités imparties au concessionnaire

324. La place du risque dans les contrats administratifs est particulière puisqu'il s'agit d'un outil de répartition des responsabilités entre la personne publique et son cocontractant. En règle générale, le cahier des charges en tant que répertoire contractuel, liste et ventile les risques selon un principe simple : le risque est supporté par l'entité la plus à-même d'assumer les conséquences de la survenance de l'évènement objet du risque[747]. Dans le cadre des marchés publics, le cocontractant assume les risques classiques de réalisation de l'opération qui sont, principalement, ceux liés au respect des délais d'exécution, à la bonne exécution de l'objet contractuel, mais surtout les risques liés aux dérives entre les coûs engendrés pour la réalisation du marché et sa contrepartie, le prix/forfait payé par la personne publique[748]. D'une

---

[745] ATIAS (C.), « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *R.D.*, 2003, p. 1103.

[746] « *Par ailleurs, si les parties décident d'intégrer les conséquences de la force majeure dans leurs prévisions contractuelles et de les mettre à la charge de l'un deux plutôt qu'à la charge de l'autre, la force majeure peut alors éventuellement devenir un risque. Reste-t-elle un cas de force majeure, la question demeure et rejoint largement celle relative à la contractualisation de l'imprévision ou de la mutabilité* », PEZ (T.), *préc.*, p. 34.

[747] « *ainsi peut-on décider que selon leurs spécificités, les risques seront supportés par celui des cocontractants qui est le mieux à même de les évaluer, de les contrôler et de les gérer ; il se peut aussi que les risques soient globalement transférés à celui qui possède la couverture financière la plus large ou dont les capacités de diversification ou d'amortissement des risques sont les plus grandes* », VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, p. 1114.

[748] « *Par conséquent, quand bien même le prix versé par l'administration dans le cadre d'un marché public de services serait fixé dans la convention, un risque important peut être transféré au prestataire qui doit seul gérer l'évolution de ses coûts.*

autre manière, les marchés de partenariat, selon les modèles types que propose la mission d'appui aux partenariats public-privé (M.A.P.P.P.), permettent d'envisager une *matrice des risques* ayant pour vocation de faciliter la négociation des clauses relatives aux risques du marché[749].

325. Pour les concessions de service public et de travaux publics, le consensualisme sur le risque supporté est normalement moins manichéen. En effet, parce qu'il s'agit de la dévolution du service public dans son intégralité, le concessionnaire ne peut être déchargé à l'image de *lots de responsabilités*. Il supporte les risques de réalisation des travaux (délais, financement, aléas techniques) en sa qualité de maitre d'ouvrage, mais il supporte aussi les risques de l'exploitation du service, ce qui conditionne le volume de sa rémunération. On peut alors affirmer que le concessionnaire supporte l'intégralité des *risques endogènes* de l'exploitation[750].

326. En ce sens, la gestion *aux risques et périls* du concessionnaire emporte une conséquence irréversible qui est une responsabilité pleine et entière sur l'échec de l'exploitation[751]. Le péril est le côté négatif du risque par la mise en jeu d'une universalité de biens que le concessionnaire engage et qu'il peut perdre avec l'exploitation. Il n'est pas assuré d'être *remboursé* des coûts et frais investis pour exploiter. De la sorte, le contrat de concession fondé sur un prévisionnel d'exploitation, accepté et négocié est l'outil de prospection et de construction préalable à l'équilibre économique. Par la notion de risques et périls, le

---

C'est d'ailleurs en cas de prix ferme, ou lorsqu'un terme fixe important est prévu dans les clauses de révision, que ce risque est maximum. », CAPITANT (D.), « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *R.L.C.T.*, 2009, p. 43.

[749] Ord. n°2015-899 du 23 juill. 2015 relaive aux marchés publics, Art. 70 ; C.G.C.T., ex-Art. L.1414-2.

[750] Sur la distinction des risques endogènes et exogènes, v. COSSALTER (P.), *Les délégation d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 297, §459 et s.

[751] Pour qu'il y ait risques et périls, il faut qu'il y ait une absence de solidarité entre la personne publique et le concessionnaire lorsque les risques qu'il doit supporter se réalise. V. COSSALTER (P.), *Les délégations d'actvités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 313.

concessionnaire a autant de probabilités de réaliser ou dépasser le prévisionnel, que de probabilités de ne pas l'atteindre[752].

327. La conséquence du risque et péril est que le concessionnaire doit demeurer seul face à l'occurrence du risque. Il n'est pas légitime à demander ni une modification des conditions d'exploitation ni l'intervention de la personne publique lorsque la réalité économique ne coïncide pas avec le prévisionnel qu'il a établi[753]. C'est cette appréciation qui a été retenue dans la décision *Société de la piscine de la Dame-Blanche*. Ainsi, pour « *l'appréciation inexacte des recettes prévisibles et des charges d'exploitation* (…), *ces erreurs ne peuvent être regardées comme un vice du consentement* » du cocontractant de l'administration[754]. De même, les erreurs du concessionnaire engagent sa seule responsabilité, qu'elle soit « précontractuelle »[755] ou financière[756].

328. La notion de risques et périls, encore utilisée dans la pratique, a toutefois été abandonnée par le droit et la jurisprudence au profit du *risque d'exploitation* ou du *risque économique*[757]. Ainsi, si en théorie la notion de risque d'exploitation n'exclut pas l'idée qu'un concessionnaire puisse ne pas *« amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service »*[758], la possibilité implicite de voir une entreprise périr par l'exploitation a disparu. À être réaliste, pourrait-on dire que le péril a d'ailleur toujours été largement aménagé et atténué par la constitution de l'équilibre économique des

---

[752] Dans certaines hypothèses, l'échec est due, comme le souligne C. RICHET, B. SOULÉ et C. DURAND, à la « *malédiction du vainqueur* ». En l'occurrence, certains candidats « *se sentant obligés d'accepter les règles du marché pour décrocher des contrats* (…) *proposaient des charges prévisionnelles dangeuresement optimistes* (…). *Une fois sur le terrain, le délégataire désigné n'était pas toujours en mesure d'équilibrer ses comptes ni de remplir ses engagements* », *préc.*, p. 49.

[753] Pour un exemple récent, C.E., référé, 19 avr. 2016, req. n°398090, *Société Air Corsica et a.*, *inédit.*

[754] C.E., 30 mai 1980, *Société de la piscine de la Dame-Blanche*, *Leb.*, p. 257. Dans le même sens en matière de marché public, C.E., 1er févr. 1980, *Office public communal d'habitations à loyer modéré de la ville de Brest c. Société Lorientaise de bâtiments et de travaux publics*, *Leb.* p. 69.

[755] VILA (J.-B.), « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté « précontractuelle » en délégations de services publics », J.C.P.A., n°29, 20 Juillet 2015, 2232.

[756] « *La circonstance qu'une erreur aurait été commise dans l'évaluation des besoins et que la capacité du parc de stationnement serait excessive ne saurait, en tout état de cause, engager la responsabilité de la ville envers le concessionnaire qui s'est engagé à construire l'ouvrage et à l'exploiter dans les conditions fixées par le contrat* », C.E., 7 mai 1982, req. n°20805, *Société Sogeparc-Paris*, *Leb.*, p. 669.

[757] « *Le mythe de l'exploitation aux risques et périls a vécu* », COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, p. 755, § 1292.

[758] Ord. 2016-65, du 29 janv. 2016, Art. 5.

contrats. Sans qu'il y ait une véritable équivalence en responsabilités entre les parties[759], l'engagement du cocontractant jusqu'à sa disparition est plus une chimère qu'un *véritable risque pris*. Le droit permet cette limite de risque ; son transfert n'a pas à être total[760]. Les cahiers des charges, eux, introduisent divers mécanismes de couverture de risques – notamment le risque lié à l'augmentation des coûts - ou de garantie de rémunération tel que le déploiement d'activités connexes rentables ou le paiement d'un prix par la personne publique. Aussi, est-il dans l'ordre des choses de voir s'appliquer des clauses dites de *rendez-vous* pour corriger les écarts du prévisionnel, précisément lorsque l'exécution du contrat est suffisamment avancée dans le temps. Cette mise à jour se justifie au regard de l'environnement économique de la concession[761] et pour la préservation de la continuité du service public. Néanmoins, la correction des écarts ne doit pas entraîner l'extinction pure et simple du risque lié aux charges. Or, il en va ainsi lorsque, dans un contrat de concession d'un service de restauration scolaire, une clause prévoit le réajustement automatique des prix en cas de variation de plus de 5 % du nombre de repas commandés par rapport aux prévisions de l'exploitant alors que tout surcoût de production des repas est pris en charge directement par la collectivité[762].

329. Par ailleurs, il est assez rare de voir une entité concessionnaire disparaître. Dans son rapport annuel 2015, la Cour des comptes relève dans le cadre du service des télésièges dans les Pyrénées, une seule liquidation de société concessionnaire, alors que le contexte économique local est défavorable[763]. Le risque de disparition du concessionnaire est très largement réduit par les sollicitations aux budgets locaux. L'équilibre d'exploitation[764] est

---

[759] Tel est, *a contrario*, l'objectif du marché de partenariat. V. à ce sujet, Fiche technique de la Direction aux affaires juridiques sur les marchés de partenariat, disponible http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-partenariat-2016, version du 21 juin 2016, p.5.

[760] Le risque transféré « ne doit pas être purement nominale ou négligeable », Ord. 2016, 65, *préc.*, Art. 5.

[761] DREYFUS (J.-D.), « Prévenir les incidents d'exécution d'une délégation de service public : les clauses de revoyure », *A.J.C.T.*, 2011, p. 500.

[762] C.E., 5 juin 2009, req. n°298641, *société Avenance-enseignement et santé*, *Leb.*, *tables* p. 826 ; *R.J.E.P.*, janvier 2010, p. 22, note MOREAU (D.).

[763] COUR DES COMPTES, *L'avenir des stations de ski des Pyrénées : un redressement nécessaire, des choix inévitables*, Rapport public annuel, Février 2015, p. 331

[764] Comme précédemment abordé, les S.P.I.C. sont astreints à l'équilibre d'exploitation sans intervention par les aides publiques systématiques. Or, la Cour soulève que, « en pratique, le risque juridique est faible de voir cet argument soulevé, faute de concurrence, mais il demeure ». Cette affirmation ici invoquée pour les remontées mécaniques dans les Pyrénées

atteint parce que « *les collectivités de rattachement peuvent être amenées soit à verser une subvention directe soit à ne pas facturer l'intégralité des prestations qu'elles mettent en œuvre au profit de la station* »[765].

330. En définitive, la notion de risques et périls a été synthétisée et tronquée pour *in fine* se concevoir comme le seul risque d'engendrer des pertes. Cette réduction du risque vers un *risque de pertes*, ne s'est pas vérifiée par une réduction proportionnelle de la rémunération du concessionnaire. *Sa prime* de risque s'est maintenue, se déconnectant progressivement du risque effectivement supporté. La constitution du « surprofit »[766], contrepartie du risque, se transforme alors en « superprofit » qui ne trouve qu'un fondement partiel dans le risque d'exploitation. Ce constat interroge. Il interroge d'autant plus que, dans la concession de service public, les contraintes d'exploitation et les sujétions de service public imposées ne sont pas supportées en tant que « risques » par le concessionnaire. En théorie, les aléas qui trouvent leur source dans des évènements extérieurs au concessionnaire, sont supportés financièrement par la personne publique.

2. Une limite de responsabilité du concessionnaire

331. La notion de risques et périls, de risque d'exploitation ou de risque économique[767] dont le transfert est conventionnel, ne saurait aboutir à faire supporter au concessionnaire un ensemble indéfini et illimité d'évènements susceptibles d'intervenir lors de l'exploitation[768]. L'idée de risques à répartir resurgit dans les contrats de concession lorsque, par l'occurrence d'aléas non maitrisables et non prévisibles pour le concessionnaire, l'équilibre conventionnel se voit rompu. Sans qu'il soit question d'une *matrice des risques* de type marchés de partenariat, la personne publique cocontractante demeure en principe, soit responsable de

---

peut être généralisée aux autres S.P.I.C. déficitaires qui, en règle générale, font partis d'un marché délaissé par les opérateurs privés, faute de rentabilité.

[765] *Ibid*., p. 333

[766] V. *Infra*, Seconde Partie, Titre II.

[767] Pour l'évolution des vocables employés, voir PEZ (T.), *préc.*, p. 33 et s.

[768] LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », *P.M.P.*, vol. 21, n°1, 2003, p. 1-25.

l'événement, soit débitrice d'une obligation de rétablissement de l'équilibre. Ces situations concernent les évènements liés à des *risques exogènes* d'exploitation[769] pour lesquels, le concessionnaire n'a aucun intérêt financier à les supporter[770].

332. En l'occurrence, les contrats de concession sont voués à exclure systématiquement du bloc de transfert de risque, les évènements qui représentent une imprévision pour le cocontractant. En d'autres termes, tout événement non raisonnablement prévisible par le concessionnaire ne peut justifier qu'il en subisse, tout ou partie, des conséquences financières lors de la réalisation dudit événement[771]. Il est entendu alors que tout bouleversement économique ou mise en péril de l'exploitation, dès lors qu'il entre dans le champ d'application de la *théorie de l'imprévision* ou des *sujétions imprévues*, doit être subi solidairement par les parties[772]. Les conséquences financières sont ainsi réparties raisonnablement entre elles[773]. En outre, les situations d'imprévisions sont des situations où le risque d'exploitation continue de produire ses effets sur le concessionnaire. Il lui est alors impossible de mettre un terme temporaire à ses obligations contractuelles sauf à en engager sa responsabilité pour faute contractuelle[774].

333. Il en va autrement lorsque l'administration, en tant qu'autorité (fait du prince) ou en tant que cocontractante (modification unilatérale), impose que soient réalisées des prestations supplémentaires imprévues au contrat. Là, il revient d'analyser le contenu des prestations pour que, l'engagement des nouvelles prestations ne trouve pas leur raison dans les insuffisances du concessionnaire. Si tel est le cas, les prestations, bien que nouvelles dans leur

---

[769] V. *supra*, *ibid.*

[770] Cette matrice des risques *exogènes* joue inévitablement dans la bancabilité de l'équilibre économique de la concession. Il n'est pas rare de voir les clauses compensatoires être négociées par les parties. Le concédant a à cet égard la possibilité d'en limiter le montant. V. *Infra*, Seconde Partie, Titre I, Chapitre II.

[771] RUELLAN (A.), HUGÉ (A.), « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1597.

[772] V. HAURIOU (M.), *Aux sources du droit ; le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Cahiers de la Nouvelle Journée, 1933, p. 129.

[773] Il s'agit non d'un droit à l'équilibre *stricto sensu* mais un droit à son rétablissement, v. *infra* Seconde Partie, Titre 1.

[774] C.E., 5 novembre 1982, req. n°19413, *Société Propétrol*, *A.J.D.A.*, 1983, p. 259, concl. LABETOULLE (D.) ; *J.C.P.*, 1984.II.20168, note PAILLET (A.).

réalisation, ne sauraient être de nouvelles prestations[775]. Le risque financier qui les suit se rapporte alors et invariablement, au risque que doit supporter le concessionnaire.

334. Cette distinction selon la *prévisibilité* des évènements susceptibles d'intervenir lors de la longue durée d'exploitation tend toutefois à se résorber par les dispositions du décret du 1er février 2016. En effet, l'article 36 prévoit un régime juridique spécifique pour les modifications du contrat en cours d'exécution. Le texte fait du consensualisme et de l'avenant un principe qui réduit sensiblement les cas d'imprévisions contractuelles. Par ces dispositions, certains voient la disparition progressive du pouvoir de modification unilatérale pour imprévision et la compression des situations d'imprévision[776].

335. La résolution des cas de force majeure n'est quant à elle pas différente des autres contrats. Tout comme en droit privé, la force majeure ou le cas fortuit sont des aléas qui par nature libèrent les parties de leurs obligations. En conséquence, il n'y a aucune obligation financière qui pèse sur l'autorité concédante quant au rétablissement de l'équilibre économique. Le cas de force majeure fait disparaître définitivement cet équilibre et l'autorité concédante n'a à sa charge que l'indemnisation des biens non encore amortis[777].

336. En synthèse, la concession de service public et de travaux publics établit un transfert complet du risque lié à l'exploitation. Ce transfert est économique, car le concessionnaire supporte toutes les conséquences financières de l'occurrence du risque ; mais il est incomplet,

---

[775] Par exemple, « *Dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire, l'entreprise titulaire du marché n'est fondée à réclamer un supplément de prix au maître d'ouvrage que pour autant qu'elle justifie qu'elle a effectué, sur ordre de service, des travaux non prévus au marché, ou que ces travaux présentent un caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art et ce quel qu'en soit le montant, alors même que ces travaux supplémentaires n'auraient pas bouleversé l'économie du contrat et n'auraient pas été imprévisibles* », C.A.A. Bordeaux, 16 février, req. n°15BX00263, *Société Hélène et Fils c. Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, *inédit*. V. dans le même sens, C.A.A Bordeaux, 16 févr. 2017, req. n°14BX00416, *préc.* Aussi, l'ARAFER a récemment relevé, concernant le programme d'investissements sur les autoroutes Paris-Rhin-Rhône que, parmis 4 opérations d'investissements représentant près de 68 millions d'euros, celles-ci ne pouvaient être justifiées, ni par leur stricte nécessité ou utilité, ni par leur nouveauté « *parce qu'elles sont déjà prévues au titre du contrat de concession ou du cahier des charges qui lui est annexé et ne sauraient donc faire l'objet d'une compensation additionnelle par la voie d'une hausse des tarifs de péages* », Avis, n°2017-049.

[776] HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *préc.*

[777] VILA (J.-B.), « Traitement comptable et financier de la concession de service public. – Fiche pratique n°2 », *J.C.P. A.,* n°10, 12 Mars 2012, 2075.

car seuls les risques qu'il a acceptés de supporter lui sont imputables. Toutefois, le risque *transférable* doit être réel sur l'intégralité de l'objet contractuel : le service et les travaux.

B. La plénitude du risque

337. En poursuivant la réalisation d'investissements et en assurant la continuité de ceux-ci par leur exploitation qui revêt les caractéristiques d'un service public, la concession cumule en un seul contrat les fonctions d'un projet global d'initiative publique complet. Elle est en ce sens le modèle le plus complet des délégations de service public. Elle se démarque par la plénitude du risque sur l'équilibre économique, risque pesant sur l'investissement, les travaux et l'exploitation du service (1). Par ailleurs, selon la définition de la politique suivie par le service public concédé, le risque d'exploitation peut être un outil gage de satisfaction pour les usagers. L'idée d'un risque lié à la performance est très présente dans les contrats anglo-saxon portant sur le transfert de gestion des « *public services* ». La qualification de ce risque explique la particularité du lien entre *risque et rémunération* sans nécessairement conditionner l'existence de l'un par l'autre (2).

1. Le transfert d'un risque « complet »

338. Il est une certaine permanence dans l'identification du contrat de concession par le risque. La singularité du contrat par la présence effective d'un risque pour le cocontractant a toujours été entretenue par les débats doctrinaux et par leur application plus ou moins adroite du juge administratif. En ce sens l'expression de Marcel WALINE place de manière irréductible le risque au cœur du dispositif concessif : « *qui supporte les risques de pertes ? Qui, corrélativement, bénéficie des chances de profit ? Si c'est l'exploitant du service, celui-ci est bien un concessionnaire ; si ce n'est pas l'exploitant du service, nous ne sommes pas en présence d'une concession* ». Ainsi, si d'une manière ou d'une autre la personne publique est dans une situation où elle subit les risques d'exploitation, le contrat ne saurait être une concession[778].

339. Si les contrats de concession ont connu une évolution notable, ils ont toujours gardé une place à part dans les contrats dits de délégation de service public. Il s'agit là de la seule convention qui permette de réunir tous les risques financiers et techniques liés à chaque étape

[778] WALINE (M.), « La notion de régie intéressée », *R.D.P.*, 1948, p. 337-346.

de la réalisation du service public. Comparativement, l'affermage ne fait supporter au fermier que les risques de l'exploitation du service et, le cas échéant, une part réduite du risque d'investissement par d'éventuelles clauses *concessives*[779]. Quant au contrat dit de régie intéressée, il ne transfert qu'un risque *minimum* et n'est pas privilégié lorsqu'il convient de réaliser des investissements[780].

340. La complétude du risque dans les contrats de concession se perçoit d'autant mieux par l'analyse du traitement comptable des actifs concédés. Dans sa décision n°18/2004, la direction générale de la Commission européenne chargée de l'information statistique, Eurostat, estime que peuvent être qualifiés comme *actifs non publics* (hors budgets publics), les actifs qui sont réalisés dans le cadre d'un partenariat public-privé, à condition que le partenaire assume pleinement le *risque de construction* ainsi qu'*a minima* un des deux risques dont celui lié à la *demande* ou celui lié à *la disponibilité*[781]. Le risque de construction est celui réputé couvrir « *notamment des événements comme la livraison tardive, le non-respect de normes spécifiées, les surcoûts, la déficience technique et les effets extérieurs négatifs* ». Le risque lié à la demande est celui « *couvrant la variabilité de la demande (plus élevée ou plus faible qu'escomptée lors de la signature du contrat) lorsque celle-ci n'est pas imputable au comportement (gestion) du partenaire du secteur privé. Ce risque ne doit couvrir qu'une modification de la demande ne résultant pas d'une qualité inadéquate ou faible des services fournis par le partenaire ou d'une initiative modifiant la quantité/qualité des services fournis. Il doit résulter d'autres facteurs, tels que le cycle économique, de nouvelles tendances du marché, la concurrence directe ou l'obsolescence technologique* ». Enfin, le risque lié à la disponibilité est celui « *dans lequel la responsabilité du partenaire est relativement évidente. Celui-ci peut ne pas être en mesure de livrer le volume contractuellement convenu ou de répondre, comme spécifié dans le contrat, aux normes de sécurité ou de certification publique*

---

[779] CE, 26 nov. 2007, req. n° 279302, *Migliore*, *préc.*

[780] Il est néanmoins envisageable que, dans le cas de l'affermage ou de la régie intéressée, la collectivité délégante décide de faire supporter à son cocontractant une part de la charge financière qu'elle subit suite à l'effort financier d'investissement en infrastructures pour le service public donné à délégation. Il s'agit de la pratique des droits d'entrée à la délégation de service public qui, *in fine*, transfère non pas le risque d'investissement sur le cocontractant, mais une partie du risque de remboursement de la dette de la collectivité délégante. V. pour une analyse des droits d'entrée, DEVÈS (C.), « Les droits d'entrée dans les délégations de service public », *A.J.D.A.*, 1996, p. 631.

[781] Eurostat, déc. n°18/2004 du 11 février 2004.

liées à la prestation de services aux utilisateurs finals ». Seule la combinaison du risque de construction et du risque lié à la demande est révélatrice d'un modèle de *concession*[782].

341. C'est aussi par analogie avec le droit anglo-saxon duquel les contrats de concession modernes s'inspirent, que l'importance du risque est mieux révélée dans ce type de convention. Longtemps, la jurisprudence française et le législateur ont fait du risque dans les concessions, puis dans les délégations de service public, une grille d'analyse egocentrée sur le mode de rémunération[783]. Si la justification de ce rapport risque-rémunération apparaît se justifier dans les conclusions de C. BERGEAL sur les arrêts *Commune de Guilherand-Granges* et *SMITOM Seine-et-Marnais*, elle ne donne qu'une vision restrictive du risque d'exploitation limitée aux recettes du cocontractant en fonction de la fréquentation. Certains parlent alors du *risque volume*[784]. Or, dans les contrats mettant en œuvre un partenariat de type *P.F.I.*, il est aisément perceptible que le risque est le vecteur du contrat, quoique non lié à la rémunération[785], mais lié à la performance des prestations.

2. Le risque de performance des services publics

342. Le risque de performance abonde depuis plusieurs années l'esprit des conventions portées sur l'action publique des autorités anglo-saxonnes[786]. Sans revenir sur la diversité des contrats dits de *P.F.I.* ou de *Public Private Partnership* (P.P.P.)[787], ces contrats ont des similarités avec les contrats de *concession de service public et de travaux publics*. Dans une publication de l'*Institut de la gestion déléguée* dirigée par P. COSSLATER et B. DU MARAIS[788], les auteurs relèvent qu'une majorité des contrats de *P.F.I.* organisent le tranfert du risque d'exploitation avec la charge de l'investissement et, dans de nombreux cas, la charge de

---

[782] V. *Infra*., Section 2, § 2.

[783] « *La notion de prise de risque est consubstantielle non seulement à la notion de concession, mais aussi à celle, englobante, de délégation de service public. Nous pensons qu'on ne peut considérer que le service public a été réellement délégué si la rémunération du cocontractant est indifférente à sa gestion du service* », BERGEAL (C.), conclusions sous l'arrêt *SMITOM*, *A.J.D.A.*, 1999, p. 714.

[784] VIDAL (L.), *préc.*

[785] Dans les contrats de type *P.F.I.*, on rencontre le plus souvent une rémunération dite *Shadow toll*, qui est une rémunération versée par l'autorité publique.

[786] Notamment par le mode d'évaluation des contrats et des partenariats avec la sphère privée (*Value for money* et *Best value for money*), v. *Infra*.

[787] V. Introduction.

[788] *La Private Finance Initiative*, Mars 2001.

l'exploiter, de l'entretenir, le maintenir et le transférer à terme à l'autorité publique (*D.B.F.O.M.T.*). Cependant, à considérer isolément la nature du risque transféré, celui-ci est très largement conditionné par la réalisation d'objectifs, mesurés par des indicateurs prédéfinis (*Public service agreements*), dont la finalité est de rendre compte par le public usager de l'efficacité de l'investissement et de l'exploitation. En ce sens, cette « charte »[789] du service public dessine le transfert d'un risque axé sur la qualité, la disponibilité et l'efficacité du service public.

343. En ce sens, le partenaire privé n'est pas rémunéré dans les mêmes conditions que la plupart des délégations de service public *françaises*. En contrepartie de l'investissement et de son exploitation, il perçoit une rémunération qui est graduée en fonction des objectifs atteints. C'est une première caractéristique du risque de *performance* ; la rémunération obtenue n'a qu'un rapport *minimum* avec le volume consommé ou la fréquentation du service. La deuxième caractéristique est la présence indispensable de sanctions financières lorsque le partenaire n'atteint pas ses objectifs de service public. L'insatisfaction des usagers ou la dégradation d'une qualité de service ont des impacts directs sur l'équilibre économique et la rentabilité du contrat. De même, lorsque de son fait ou non, les infrastrucures publiques ne sont pas disponibles, le cocontractant ne peut prétendre à une quelconque rémunération[790].

344. Par ce risque, l'équilibre économique est clairement subordonné à la réalisation effective d'une satisfaction de l'usager. Le contrat de *P.F.I.* est vecteur de ce principe transversal qu'est l'efficacité du service mais nécessite, pour être transposé aux délégations de service public, une rénovation de l'équilibre économique et une rénovation du lien *risque-rémunération*. En premier lieu, le risque dans les *P.F.I.* suggère d'éliminer les effets de la fréquentation et, en conséquence, d'éliminer le phénomène de la« *clientèle captive* » [791]. En deuxième lieu, il impose une rénovation dans la méthodologie du risque en acceptant de faire de la concession un contrat où le risque est complet, non parce que le concédant a transféré

---

[789] BIRKINSHAW (P.), BREEN (E.), « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1015.

[790] Ce qui autorise les auteurs à conclure que « *l'on peut considérer qu'il y a risque d'exploitation pour le cocontractant, dans le sens où son résultat d'exploitation peut connaître des variations importantes. Mais ce type de risque ne lie pas, à moins d'une interprétation excessivement extensive, la rémunération aux résultats de l'exploitation au sens où semble l'entendre le Conseil d'État* », *Ibid.*, p. 57.

[791] V. pour exemple, la gestion déléguée du service de l'eau et de l'assainissement dans la métropole Aix-Marseille, VILA (J.-B.), *préc.*

tous les risques possibles, mais parce qu'il a transféré tous les risques qu'il ne pouvait légitimement supporter en vue d'une analyse préalable des coûts/avantages. Enfin, en troisième lieu, les concédants doivent s'efforcer d'établir des objectifs précis, des indicateurs effectifs, et s'affranchir de l'idée que le risque d'exploitation est antinomique avec une rémunération non perçue sur les usagers. Les *Shadow tolls* en sont un parfait contrexemple. Bien qu'ils soient des « prix » versés par l'autorité publique, les *shadow tolls* ne garantissent pas au partenaire ni la couverture des coûts d'investissement ni la rémunération du capital investi. La présence du risque de performance qualitative contraint le partenaire à atteindre les indicateurs de performance les plus élevés pour y parvenir. Cette conception du risque s'accorde ainsi parfaitement avec celle introduite par la directive 2014/23/UE.

345. En synthèse, le risque a un rôle multiple. Il est un levier de responsabilités car il permet la ventilation automatique des responsabilités financières liées à l'exploitation du service public. Le risque permet aussi, selon le service public concédé, d'adapter une certaine politique publique, un renforcement du tissu social en imposant au concessionnaire certains objectifs qui lient sa rémunération finale. Mais le risque adosse aussi le rôle d'un instrument d'identification des contrats administratifs ou plus largement, des contrats passés par des pouvoirs adjudicateurs. Sous l'impulsion du droit européen, une concession est un contrat qui n'est pas un marché public car il emporte le transfert de risque dont la contrepartie est un droit d'exploiter éventuellement accompagné d'un prix. La jurisprudence interne en a pris progressivement la mesure avec la décision *Département de la Vendée*[792]. La législation interne en a fait de même avec la transposition de la directive 2014/23/UE, et fait du risque la clé de voûte des contrats de concession. L'équilibre économique ne peut alors se définir qu'avec la présence réelle du risque d'exploitation.

Paragraphe 2 - Une condition légale

346. Si l'on s'accorde à dire désormais que le risque est le critère central d'identification des concessions et de définition de son équilibre économique, il faut avouer qu'il n'a pas toujours été le critère imposé comme *évident*, et ce particulièrement, parce qu'une analyse succincte de la doctrine, de la jurisprudence puis du droit, démontre certaines fluctuations vivantes au rythme de tentatives de distinction, d'assimilation et de confusion entre le critère de la

[792] C.E., 7 nov. 2008, req. n°291794, *Département de la Vendée*, *préc.*

rémunération du concessionnaire, et le critère du risque[793]. Cette situation n'assurait pas aux contrats administratifs une sécurité juridique stable et pérenne.

347. En s'emparant des contrats passés par les États membres et leurs émanations sur le marché commun, l'Union européenne a enclenché une démarche de rénovation et d'harmonisation. D'abord parce que chaque État membre demeure libre de définir sa propre typologie contractuelle interne[794] pour la réalisation d'activités publiques[795]. Puis, parce que le développement des règles européennes sur le régime des contrats s'est en priorité orienté sur la question des marchés publics[796]. L'économie générée par les contrats de type concession a imposé une stratégie différente et l'avènement d'une norme individualisée. En adoptant le critère du transfert de risque d'exploitation, le législateur a remis en question une norme interne bien établie inscrite dans les dispositions de la *loi Sapin*. Parce que le transfert de risque d'exploitation n'est pas nécessairement révélé par une *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation*, ni par les seules redevances perçues sur les usagers du service, le régime des délégations de service public ne pouvait se maintenir en l'état (A). Toutefois, s'il faut se réjouir d'une norme commune harmonisatrice des contrats de *concessions* à l'échelle européenne, on peut émettre des doutes quant à son effectivité comme critère de distinction entre marché public et concession. L'équilibre économique du contrat empreint de risque est un critère plus pertinent, notamment parce qu'il exprime un risque sur la réalisation du succès de l'exploitation et sur les résultats finaux du concessionnaire (B).

A. Le risque dilué dans les *délégations de service public* de la loi *Sapin*

348. Le critère du risque dans les délégations de service public et dans les concessions ne pouvait, sans modification profonde, pleinement s'exprimer. Les dispositions de la loi *Sapin* consolidées par la loi MURCEF ne permettaient pas une mise en évidence d'une conception du risque comme critère identifiable. En réalité, les dispositions du droit des délégations plaçaient le risque en filigrane ou le suggéraient par extrapolation. C'est en ce sens que le mot

---

[793] PEZ (T.), *préc.*, p. 93-94.

[794] MOREAU (D.), « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification de ces délégations de service public », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1418.

[795] COSSALTER (P.), *Délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*

[796] Décision *Telaustria*, *préc.*

« risque » n'apparaît jamais dans les textes, seulement dans les jurisprudences à l'occasion de contentieux relatifs aux concessions de service public.

349. Ainsi, bien que Catherine BERGEAL ait fait une référence expresse à la notion du risque comme un critère, – quoique non autonome par rapport au critère de la rémunération - la loi du 12 décembre 2001 qui a suivi les affaires *SMITOM* et *Commune de Guilherand-granges*[797], ne définit les délégations de service public que par les dispositions de son article 3 où le risque est absent. Une délégation de service public « *est un 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. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

350. Dès lors, si le risque a pu être « *mis en évidence par la jurisprudence* »[798], il n'est pas un critère positif. On pourrait relativiser les propos en considérant que l'économie des délégations de service public était empreinte de risque. La rémunération devait être *substantiellement liée aux résultats d'exploitation*, ce qui exclut de fait les contrats rémunérés exclusivement par la personne publique par un prix. De même, les délégations de service public doivent être limitées dans le temps. La personne publique délégante doit déterminer une durée d'exploitation. En ce sens, pour lutter contre une certaine perpétuité des contrats de délégation de service public, les lois successives ont consacré une durée limitée à la *durée normale d'amortissement*, et ce particulièrement dans le secteur de l'eau et de l'assainissement. À leur égard, le législateur a précisé que la durée normale d'amortissement ne pouvait dépasser, sauf justifications, une durée de vingt ans. Or, les marges de manœuvre, envisagées comme une « *souplesse* »[799] accordée à l'analyse des contrats de délégation, ont eu pour conséquence de diluer la présence du risque d'exploitation. Ce phénomène était due, et par la faiblesse de l'évaluation et du contrôle effectués tant par la personne publique que par

---

[797] BERGEAL (C.), *préc.*

[798] PEZ (T.), *préc.*, p. 172.

[799] BRICQ (N.), *Rapport n°3028 sur le projet de loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier*, 30 avril 2001, p. 25.

le juge[800], et par l'impossibilité technique de définir quotitativement et objectivement ce que voulait dire « *substantiellement liée aux résultats d'exploitation* »[801].

351. Ce n'est que tardivement par rapport à la jurisprudence européenne, et aux différentes communications interprétatives sur la notion de concession, que le juge administratif a fait sienne la notion de risque d'exploitation pour lire les contrats administratifs et les caractériser[802]. La consécration pleine et entière du transfert de risque d'exploitation comme critère central de la concession a patienté jusqu'à l'adoption récente de la directive 2014/23/UE.

B. Le risque positif : efficience du critère et réalité du contenu

352. Le « *sacre* »[803] positif du risque comme critère de définition des concessions et de son économie est le résultat logique d'une position constante du droit européen. Contrairement au droit interne où le critère du risque s'est toujours difficilement détaché du critère de la rémunération, le droit européen s'est très tôt positionné en faveur de l'analyse du risque dans les contrats sans référence automatique à un modèle économique précis (1). Pour autant, quoique consacré normativement, le risque demeure un critère partiellement satisfaisant. Car nombreuses sont les démonstrations par lesquelles il peut être affirmé que le risque est présent dans tous les contrats[804]. Ce n'est qu'en tant que critère central mais non indépendant de l'équilibre économique du contrat, qu'il est pleinement efficient (2).

1. Le critère du risque, critère classique de qualification des contrats de concession ou non-marchés publics

353. Dans ses conclusions sous l'affaire *BFI Holding*, l'avocat général A. LA PERGOLA précise que « *L'élément clef* (…) *pour pouvoir rattacher le rapport visé au régime de la*

---

[800] V. pour exemples, LINDITCH (F.), « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *préc.* ; « De la caducité contractuelle et de ses conséquences sur les contrats dont la durée excède celle de l'amortissement des investissements », *J.C.P.A.*, n°25, 15 Juin 2009, 2147 ; VILA (J.-B.), « Précisions jurisprudentielles sur les modalités de calcul de la durée des délégations de service public et sur la portée de l'amortissement », *J.C.P.A.*, n°46, 9 Novembre 2009, 2261.

[801] BRICQ (N.)*, supra.*

[802] C.E., 7 nov. 2008, *préc.*

[803] PEZ (T.), « Le risque, les concessions, et les marchés », *R.F.D.A.*, 2016, p. 237 ; TROGER (F.), « La notion de risque au centre de la définition de la concession de services », *C.S.P.-D.S.P.*, n°22, Avril 2016, p. 12.

[804] PEZ (T.), Thèse, *préc.*, p. 805.

concession est en effet le fait d'assumer le risque lié à la gestion du service » et ce, bien que « *la rémunération, laquelle est, en tout ou en partie, tirée de la prestation de services* » soit un élément « *révélateur* » des concessions[805]. Dans une communication interprétative sur les concessions en droit communautaire[806], la Commission européenne a réaffirmé la place du risque au sein de la définition des contrats passés entre pouvoirs adjudicateurs Pour elle, « *La présence du risque d'exploitation, lié à l'investissement réalisé, est déterminante* » (concession de travaux). De même, « *Nous sommes en présence d'une concession de services lorsque l'opérateur supporte les risques liés à l'établissement et à l'exploitation du service* ».

354. Toutefois, le risque n'est jamais apparu en tant que tel dans une législation européenne ; les directives « Marchés » successives ne faisaient alors la distinction entre marchés publics et concessions que par la présence d'un droit d'exploiter[807] le service et/ou l'ouvrage assorti éventuellement d'un prix[808]. Dans une certaine mesure, le législateur européen faisait du critère du risque un critère fondamental mais silencieux d'identification de la concession ; alors que le mode de rémunération, plus explicite, servait de critère de différenciation entre marchés publics et concessions[809]. La situation conduisait à ce que légalement on puisse faire la différence entre marchés publics et concessions, sans pour autant avoir une définition de l'essence même du contrat de concession européen.

355. Cette gymnastique d'esprit a pris fin avec la directive 2014/23/UE qui clarifie la définition de la concession, « *notamment par référence au concept de risque d'exploitation* »[810]. Le législateur reprend les notions introduites précédemment par les directives et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, en ce que « *la principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique* ». À la différence des directives précédentes, le législateur européen a entendu préciser dans le corps même du texte que le droit d'exploiter est l'expression matérielle du

---

[805]Concl. LA PERGOLA (A.), aff. C-360-96, du 19 février 1998, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-06821.

[806] COM, 2000/C 121, du 29 avril 2000.

[807] V. *Supra*, Titre 1, Chapitre II, Section II.

[808]Directive 93/37/CEE et 93/38/CEE ; Directive 2004/17/CE et 2004/18/CE.

[809] Ce qui autorise à dire que le critère de définition prime celui du mode de rémunération.

[810] Directive 2014/23/UE, §18. Le risque d'exploitation est, par définition, le risque encouru par une entreprise face à la variabilité de son chiffre d'affaires.

risque d'exploitation. Toutefois, la directive reprend aussi la définition juridique de la concession des directives précédentes. Ainsi, l'article 5 de la directive définit la concession comme « *un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux* (ou de services) *à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ».

356. En d'autres termes, ce n'est pas la définition juridique *stricto sensu* de la concession qui reflète le risque, mais plutôt ce qu'elle implique soit « *le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation* (…) *comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux* ». Dès lors, si le contrat comporte un droit d'exploiter l'ouvrage ou le service, mais qu'il n'organise aucun transfert de risque, il sera nécessairement qualifié de marché public.

357. En parallèle, c'est une définition exhaustive et centrée sur le risque qui a été retenue par l'ordonnance de transposition. L'article 5 de l'ordonnance dispose clairement que « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou 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* ». Le risque est bien le critère de définition, le mode de rémunération qui en découle, le droit d'exploiter en est la contrepartie[811].

358. La consécration positive du critère du risque est plus une évolution qu'une révolution de la définition des concessions. La plupart des contrats passés sous le modèle concessif entraînent un transfert de risque. Là où la directive et sa transposition doivent être considérées comme novatrices, c'est dans la place que le risque prend dans l'équilibre économique. On pense alors qu'à la lecture compilée des jurisprudences européennes, internes, et aux arguments donnés en préambule de la directive, que le véritable critère d'identification de la concession réside dans son équilibre économique. Car, si le risque est central, ce n'est pas tant

[811] PEZ (T.), *préc.*

son transfert au concessionnaire qui importe, que l'importance de ses effets sur les autres facteurs d'équilibre conditionnant le résultat final de l'opération.

2. L'efficience du critère du risque pour qualifier les contrats administratifs et réalité du contenu

359. S'il apparaît qu'un consensus a été trouvé autour de la notion de risque pour qualifier les contrats publics, il est permis de s'interroger sur l'efficience du risque comme critère de définition et d'en comprendre la substance. Cette interrogation procède d'une analyse doctrinale de la jurisprudence, mais aussi d'une analyse pratique et réaliste des contrats. Au préalable, il faut rappeler que la position du juge a traditionnellement été acquise à la cause d'un risque uniquement valable dans les délégations de service public[812]. De cette manière, le risque d'exploitation ou autrement dit le risque économique du projet ne peut être retrouvée dans les marchés publics. La justification donnée à cet égard est la fixité d'une rémunération finale prédéterminée et connue dès le départ par le cocontractant de l'administration.

360. Face à cet argumentaire, la doctrine n'hésite pas à relever que les marchés publics sont, tout autant que les délégations de service public - si ce n'est plus encore - soumis à un risque important. Déjà, Léon AUCOC relevait que par le marché, l'entrepreneur « *s'engage, moyennant un prix donné et sous certaines conditions, à exécuter un travail en courant des chances de gain ou de perte, suivant qu'il aura plus ou moins bien fait ses calculs ou que les circonstances seront plus ou moins favorables* »[813]. Pour le professeur David CAPITANT « *la notion de transfert de risque est loin d'être absente de la majorité des marchés publics les plus classiques. Le risque peut concerner aussi bien les besoins de l'administration et, par conséquent, le montant des produits d'exploitation du cocontractant* (…) *que les charges que supporte le prestataire. En effet, le résultat d'exploitation, au sens économique que la jurisprudence veut retenir, n'est pas constitué du seul chiffre d'affaires, mais résulte du rapprochement des produits et des charges. Par conséquent, quand bien même le prix versé par l'administration dans le cadre d'un marché public de services serait fixé dans la*

---

[812] « *Pour vérifier si le contractant assume ou non un risque lié à l'exploitation, le recours à la notion de résultats de l'exploitation nous paraît particulièrement approprié. Nous ne sommes nullement impressionnés par l'argumentation selon laquelle, en fixant un prix, le titulaire du marché prend également un risque, celui d'avoir mal estimé ses charges. Le risque dans la délégation de service public assumé par le cocontractant est celui qui naît de l'exploitation du service lui-même. Dans le marché, le prix peut être erroné, mais il est garanti au cocontractant.* », BERGEAL (C.), *R.F.D.A.*, 1999, p.714, *préc.*

[813] AUCOC (L.), *préc.,* p. 302.

convention, un risque important peut être transféré au prestataire qui doit seul gérer l'évolution de ses coûts. C'est d'ailleurs en cas de prix ferme, ou lorsqu'un terme fixe important est prévu dans les clauses de révision, que ce risque est maximum »[814]. Cette analyse est confirmée par Thomas PEZ[815] ou le professeur RICHER, ces derniers expliquent en outre, qu'« *il existe aussi des risques dans les marchés publics, à la charge du titulaire, mais la directive comme l'ordonnance sur les concessions les passent sous silence. Leur existence a cependant pu être démontrée* »[816].

361. L'étude de l'équilibre économique du contrat permet de conforter les remarques précédentes. En matière de marchés publics, le soumissionnaire doit faire face à l'évolution des coûts ou des conditions d'exécution. Il s'expose au risque que le prix forfaitaire, fixe, versé par la personne publique, ne permette pas à ce dernier d'assurer sa marge nette bénéficiaire. En ce sens, selon la méthode de calcul et les capacités de projection prévisionnelle du soumissionnaire, le paiement final de l'opération peut ne pas correspondre à tout ou partie des coûts engendrés lors de l'exécution. Le risque d'une inéquivalence finale entre coûts et recette, n'est pas *de facto* à exclure. La marge nette bénéficiaire du cocontractant n'est pas systématiquement garantie[817].

362. Le marché de partenariat est un autre exemple tout à fait explicite. On n'en détaillera pas davantage, mais l'article 70 de l'ordonnance n°2015-899 prévoit expressément une *répartition des risques* entre personne publique et partenaire privé, ce qui suppose qu'il y ait des risques qui nécessitent d'être supportés par le partenaire privé. Enfin, et cela valait notamment dans le cadre des contrats de M.E.T.P., n'est pas à exclure le risque financier qui pèse effectivement sur le partenaire de la personne publique entre le moment de la réalisation de ses obligations, et le paiement de sa contrepartie[818].

363. *A contrario*, les moyens de conservation de la marge nette bénéficiaire du concessionnaire sont nombreux. Les tarifs évoluent en fonction de formules de révision comme les prix dans les marchés publics ; des clauses de rendez-vous périodiques permettent

---

[814] CAPITANT (D.), « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public », *R.L.C.T.*, 2009, 43.

[815] PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs, préc.*, § 290 et s. ; § 368 et s.

[816] *La concession en débat*, *préc.*, p. 83.

[817] PEZ (T.), *Ibid.*

[818] TERNEYRE (P.), « Le marché d'entreprise de travaux publics », *Rev. Éco. Fin.*, 1995, vol. 5, n°1, p. 209-211.

de faire le point sur l'exécution et sur l'adaptation de l'équilibre économique au temps ; les modifications contractuelles sont dans la très grande majorité des cas indemnisées par la personne publique ; ou encore la charge des surcoûts des obligations de service public n'est pas supportée par le concessionnaire mais par le financement du concédant. Aussi, la loi elle-même prévoit une forme de *réduction du risque* pesant sur les gestionnaires de S.P.I.C. dès lors que leur exploitation doit être équilibrée en charges et recettes. Si son application réelle n'est pas évidente, il faut relever que les interdictions de flux publics sont limitées lorsque l'exploitation est déséquilibrée.

364. Quoique succincte, l'analogie du risque entre concessions et marchés publics montre qu'il n'est pas possible d'exclure sa présence dans l'un pour la cristalliser dans l'autre. Pour comprendre la place du transfert de risque dans la qualification des contrats, la directive a alors ajouté la précision suivante. Le risque n'est un *risque d'exploitation* que s'il trouve « *son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle* »[819]. Par cette précision, le législateur européen renvoie le concept du risque au concept de l'aléa qui n'est pas directement maîtrisable par les opérateurs. Or, cette conception n'est pas très intelligible sur le plan des notions, particulièrement parce que l'aléa n'est pas le risque, bien que le risque soit un aléa. La différence fondamentale entre les deux notions est alors sa maitrisabilité par l'opérateur, et le fait que seul le risque est intentionnellement couru[820]. C'est en réalité « l'aléa du marché » qui est cerné par la directive, aléa qui correspond au « *risque lié à l'offre* » ou au « *risque lié à la demande* », tous deux matrisables par l'opérateur concessionnaire[821].

365. Bien que la directive ne soit que peu explicite sur ce point, l'identification d'un risque d'exploitation de type « *aléa du marché* » doit être faite à l'exclusion des risques présents dans les autres contrats, y compris de marchés publics. Pour parvenir à cette identification,

---

[819] Directive 2014/23/UE, § 20.

[820] « *N'est-ce pas le propre du risque d'être couru ? Une caractéristique du risque, qui le distingue de l'aléa au sens strict, est le rôle joué à son propos par l'intention des parties. Pour retenir une formule imagée mais significative : l'aléa on le subit, le risque on le prend. La volonté de courir le risque est l'une de ces caractéristiques* », PEZ (T.), *R.F.D.A.*, 2016, p. 237, *préc.*

[821] Cela est d'ailleurs attendu de sa part. En concédant un service public, la personne publique attend de son cocontractant qu'il réalise le service public selon son savoir-faire et ses connaissances. Ce sont par ces capacités précises qu'un prévisionnel peut être établi, et que la continuité du service public peut être assurée. Ces capacités sont clairement des atouts favorables à la maitrise du risque correspondant au secteur du service concédé.

l'équilibre économique joue son rôle[822] : le risque de perte doit être réel et le risque d'échec aussi. En ce sens, ni l'amortissement de l'investissement, ni le retour sur capital investi ne sont assurés, de telle sorte que le concessionnaire pourrait se retrouver dans une situation d'échec d'exploitation. On retrouve ici la conception des *risques et périls* classique et acquise depuis la décision *compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*[823].

366. En somme, il s'agit d'une révolution au sens propre pour le critère du risque dans la *concession de service public et de travaux publics*. Qu'il soit connu sous la sémantique de transfert aux risques et périls, de risque économique, ou de risque d'exploitation, le critère du transfert de risque véhicule une idée de prise en charge totale des conséquences économiques, sans possibilité de tout contrôler, d'une entreprise de service public. Par ailleurs, en précisant le contenu du risque d'exploitation dans le corpus de la directive et de l'ordonnance, il est loisible d'en comprendre sa place et sa fonction. Auparavant utilisée pour révélée une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation en droit interne, le risque trouve ici une autonomie juridique. Le risque ne se fond plus dans le critère premier de la rémunération, mais la rémunération devient la contrepartie du risque. La rémunération est forte lorsque le risque est fort, et inversement. Nonobstant, le risque en tant que critère n'est que peu efficient. L'équilibre économique est quant à lui le véritable critère d'identification des *concessions* car le risque qui en est le centre est autant un résultat de décisions prises par l'autorité concédante, que la source de la construction de l'économie générale. Le profit tiré de l'équilibre économique, soit l'ensemble des facteurs d'équilibre permettant la constitution d'une rémunération nette du concessionnaire, est la contrepartie du risque. Le profit est l'expression positive du droit d'exploiter. Et, en cela, la concession se rapproche intangiblement d'un projet d'investissement d'initiative privée où le profit est la rémunération de l'incertitude[824] tacitement[825] assumée par le concessionnaire.

---

[822] Le paragraphe 20 de la directive 2014/23/UE precise que « *Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme* ».

[823] C.E., 1914, *préc.*

[824] KNIGHT (F.), *Risk, Uncertainty and Profit*, 1964.

[825] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative* », *préc.*, p. 1131.

Section 2 - L'autonomie du risque dans l'équilibre économique

367. Parler d'autonomie du risque dans l'équilibre économique de la concession, c'est affirmer plusieurs choses. C'est affirmer que le critère du risque coexiste avec d'autres éléments de définition de l'équilibre économique, mais qu'il est individuellement identifiable et autonome. Puis, par conséquent, en affirmant l'autonomie du risque, c'est exclure toute idée d'indépendance dans l'équilibre économique. Composé de facteurs d'équilibre, l'équilibre économique est un lieu où s'exercent différents mouvements. Par ces mouvements, chaque facteur d'équilibre est lui-même bousculé, modifié, de sorte que la connexion et l'interdépendance sont ses caractéristiques fondamentales. Enfin, affirmer que le critère du risque est autonome, ce n'est pas exclure une certaine hiérarchie des critères dans l'équilibre économique. Pour les contrats de concession, le critère du risque est le critère central, premier, parce que son objet, sa finalité, mais aussi les droits ouverts au cocontractant, impliquent qu'il en supporte la responsabilité. Tel n'est pas le cas du marché public où le critère central est celui de l'absence de risque de rémunération[826] : le paiement est garanti par la personne publique même s'il ne concorde pas au final avec la réalité des coûts[827].

368. De la sorte, l'autonomie du risque dans l'équilibre économique d'une concession de service public impose à ce que les notions juridiques soient clarifiées et dépouillées des confusions traditionnellement opérées par le droit interne. Admettre que le risque est un critère autonome, c'est réfuter que la rémunération du concessionnaire, perçue sur les usagers, révèle systématiquement un transfert de risque d'exploitation. En effet, en tant que contrepartie, la rémunération sur l'exploitation n'est pas en soi révélatrice du risque d'exploitation. Le droit européen suggère de se référer au *mode de rémunération* pour révéler le risque d'exploitation (§1) ; sa particularité est qu'il est soumis aux facteurs d'aléas d'exploitation interne et externe, ce qui exclut les garanties de recettes (**§2**).

---

[826] Nous précisons volontaire « risque de rémunération » car les marchés publics ne sont pas dénués de tout risque pour le soumissionnaire. V. LA PERGOLA (A.), concl. *BFI Holding*, *préc.*

[827] Ord. n°2015-899, du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Art. 4.

Paragraphe 1. – Le risque d'exploitation révélé par le mode de rémunération

369. La primauté hiérarchique du risque dans les éléments déterminants de l'équilibre économique de la concession « *innove* »[828] par rapport à l'approche du droit interne des délégations de service public. Cependant, cette innovation n'a pas été spontanée puisque, dès la décision *Commune d'Andeville*[829], le juge et la doctrine se sont accordés sur le décalage juridique entre la définition des délégations de service public et celle des concessions en droit européen. Si le critère de la rémunération a permis une introduction partielle de la notion de risque dans les contrats de délégation de service public, il n'a pas permis d'en prendre la plénitude d'effets sur l'équilibre économique (A). Ainsi, bien que la loi ait maintenu jusqu'alors le critère de la « *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* » pour définir les délégations de service public, le Conseil d'État l'analysait à la lumière du transfert « *d'une part significative du risque d'exploitation* »[830]. La transposition du 29 janvier 2016 a abandonné cette filiation imposée entre rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation et risque, marquant la fin de la définition de l'équilibre économique des concessions par l'origine du *débiteur* des recettes. En préférant le « droit d'exploiter », le législateur fait place à un *mode de rémunération* particulier, propre aux concessions, qui est un « tout » trouvant sa source dans un équilibre économique risqué (B).

A. L'abandon de la « *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* »

370. L'utilisation du critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation a eu, sur le fond, l'objectif de réintégrer la notion de risque dans la définition des délégations de service public. En effet, par rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, le juge administratif a souhaité soumettre la perception des recettes d'exploitation aux effets combinés de la variabilité et de l'incertitude (1). Néanmoins, la pratique des délégations de service public et l'affinement du raisonnement juridique issu de

---

[828] Cette expression est reprise par la doctrine, v. HOEPFFNER (H.), « La nouvelle Directive concessions », *Rev. Europe*, n°6, Juin 2014, étude n°5 ; PEZ (T.), « Le risque, les concessions et les marchés », *R.F.D.A.*, 2016, p. 237.

[829] CE, 20 oct. 2006, n° 289234, *Leb.*, p. 494 ; *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 23, note PIETRI (J.-P.) ; *J.C.P.A*., 2006, n°50, note LINDITCH (F.); *J.C.P.G.,* 2006, chron. PLESSIX (B.), obs. n° 7 ; *A.J.D.A.,* 2006, p. 2340, concl. CASAS (D.) ; *R.F.D.A*., 2006, p. 1272.

[830] C.E., 7 nov. 2008, *Département de la Vendée*, *préc.*

l'arrêt *Préfet des Bouches du Rhône c. Commune de Lambesc*[831], ont entériné un décalage entre risque et rémunération. La rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation ne révèle pas le risque d'exploitation, mais un risque de ne pas tirer tous les bénéfices escomptés de l'exploitation tels qu'ils ont été initialement prévus (2).

1. Confusion des notions de risque d'exploitation et de rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation

371. Si la jurisprudence *Préfet des Bouches du Rhône c. Commune de Lambesc* marque le début d'une ère de confusion entre critère de rémunération et critère du risque, les conclusions du commissaire du gouvernement C. CHANTEPY ne laissait pas présager que le critère du risque aurait une influence de plus en plus déterminante dans la définition des délégations de service public. En effet, la démonstration est catégorique, « *nous pensons que 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* ». En revanche, « *l'existence d'une rémunération peu ou prou liée aux résultats de l'exploitation du service est une condition de l'existence d'une délégation de service public* »[832].

372. L'engouement pour la question du risque s'est concrètement matérialisée par le relai de la doctrine[833] et par les célèbres conclusions du commissaire du gouvernement C. BERGEAL dans les affaires *SMITOM* et *Commune de Guilherand-granges*[834]. Ainsi peut-on lire que la question de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation signifie *in concreto* que « « *si le coût est intégralement supporté par l'Administration contractante et s'il n'y a aucun risque pour le contractant lié à l'exploitation du service, il s'agit d'un marché* »[835]. En outre, le rubicon est franchi par les développements qui suivent : « *Nous pensons que cette notion de rémunération liée au résultat de l'exploitation n'est pas obsolète et doit rester un critère de la frontière entre les marchés et la concession, a fortiori entre les marchés et la délégation de service public. Elle renvoie à la notion de prise de risque par le cocontractant,*

---

831 C.E., 15 avr. 1996, *préc.*

832 Concl., *R.F.D.A.*, 1996, p. 715.

833 Nota. VIDAL (L.), « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *R.F.D.A*, 1999, p. 1147 ; DOUENCE (J.-C.), « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *R.F.D.A.*, 1999, p. 1134.

834 *Préc.*

835 Concl., *A.J.D.A.*, 1999, p. 517 et s.

consubstantiel à la notion de concession qui, selon la formule traditionnelle, est exploitée « aux risques et périls du concessionnaire »[836]. De cette manière, la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation est une *tentative* de réintroduction du risque dans les délégations de service public[837].

373. La part du risque d'exploitation réside dans la maléabilité de la rémunération, non pas constituée des seules redevances perçues sur l'usager, mais constituée par les résultats de l'exploitation[838]. La rémunération du délégataire revêt toutefois deux caractéristiques cumulatives pour être « *substantiellement liée aux résultats d'exploitation* » ; elle doit être variable et incertaine. Ainsi, « *il nous apparaît qu'un transporteur assume un risque lorsque sa rémunération, qu'elle soit directe ou qu'elle transite par la collectivité, dépend directement du nombre de voyageurs qu'il prend en charge. Au contraire, faire varier la rémunération d'un gestionnaire d'eau en fonction du nombre de mètres cubes d'eau qu'il livre ne nous semble mettre à sa charge aucun risque réel. En effet, la consommation d'eau, moins encore que l'assainissement et à la différence du transport public, n'a pas d'alternative pour le consommateur et est, pour partie, indépendante du prix.* »[839].

374. Si le raisonnement par lequel l'équilibre financier du contrat doit dépendre significativement des recettes tirées de l'exploitation[840] est compréhensible, il demeure largement incomplet et réducteur de ce qu'est l'équilibre financier d'une concession de service public. L'argumentaire de L. VIDAL est sur ce point convaincant et réaliste. Peut-on affirmer que l'équilibre financier d'une délégation de service public soit dépendant du risque d'exploitation de l'activité lorsque seule la rémunération, quand bien même celle-ci est tirée des résultats de l'exploitation, est prise en compte ?[841] Comme évoqué antérieurement, il

---

[836] Concl., *A.J.D.A.*, 1999, p. 714.

[837] RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs*, 4ème éd., L.G.D.J., 2004, p. 510-511, § n°576.

[838] V. *Supra*., Titre 1, Chapitre 2, Section 1 et 2.

[839] Concl., *A.J.D.A.*, 1999, p. 517 et s.

[840] « *Ces recettes d'exploitation ne doivent pas nécessairement être majoritaires, mais elles ne peuvent être insignifiantes* (…) » et par conséquent, « *il ne peut y avoir délégation de service public lorsque l'équilibre financier du contrat ne dépend pas des recettes liées à l'exploitation du service* », *ibid.*

[841] « *On comprend dès lors qu'affirmer que les résultats de l'exploitation doivent posséder une influence suffisante sur l'équilibre financier du contrat n'est pas totalement satisfaisant. La dépendance, « en partie au moins » de l'équilibre financier des résultats de l'exploitation peut être minime. Il suffit en théorie qu'une unité marginale supplémentaire de recette tirée des résultats de l'exploitation permette d'atteindre l'équilibre financier « primaire » pour considérer que l'équilibre*

semble pourtant bien que l'équilibre financier se construise selon une relation intime entre certes les recettes de l'exploitation quelles qu'elles soient, mais aussi selon la durée contractuelle, les avantages économiques accordés, la pratique d'amortissement des biens par le concessionnaire, voire encore la pratique de révisions tarifaires et les modalités de leur calcul.

375. Par ailleurs, dans ces affaires, dont la pérennité du raisonnement s'est maintenue pendant près de dix ans, le risque n'a jamais été avancé autrement que comme un critère subsidiaire[842]. Par conséquent, la démonstration de la présence d'une rémunération substantiellement perçue sur les résultats d'exploitation, ne permettait en rien de jauger le niveau de risque des contrats alors qualifiés de délégations de service public. Au contraire, l'incomplétude du critère de la rémunération et les inexactitudes quant à son évaluation[843] ont pu conduire la qualification en délégation de service public de conventions dans lesquelles le cocontractant ne supportait *in fine* aucun risque de nature économique[844].

---

financier du contrat dépend des résultats de l'exploitation. La marge qui permet le passage du déséquilibre à l'équilibre « primaire » peut, de fait, s'avérer très réduite. », VIDAL (L.), « Le juge administratif, l'économie et le contrat »*, préc.*

[842] Le risque était ainsi décrit comme la contrepartie d'une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation. V. COSSALTER (P.), *Délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 299 à 306.

[843] « *Dire qu'une partie des revenus, en l'occurrence au moins 30 %, est assurée par les résultats de l'exploitation, ne suffit pas toujours au regard de la structure de l'équilibre financier du contrat à faire de la convention examinée un contrat dont on puisse dire avec certitude qu'il constitue pour le cocontractant de l'Administration un pari réel ou qu'il a nécessité de sa part une prise de risque.* », VIDAL (L.), *préc.* ; Pour un autre exemple, v. C.A.A. Marseille, 13 avril 2004, req. n°00MA00393, *Ville de Marseille*, *Contrats et Marchés publ.*, n°7, Juillet 2004, comm. 148, ECKERT (G.) : dans cette affaire, une rémunération est qualifiée de substantiellement liée aux résultats d'exploitation lorsque 20% des recettes provient de l'exploitation du service et 80% des recettes provient de la collectivité. Dans les contrats de *B.O.T. britanniques*, il est estimé qu'existe un transfert de risque à partir d'une variation des recettes minimale de 20 %, LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », *P.M.P.*, vol. 21, n°1, 2003, p. 1-25.

[844] Par exemple, rapport de la Cour des Comptes de mai 2014, sur le renouvellement des concessions hydroélectriques ; rapport de la Cour des comptes de décembre 2003, sur la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement.

2. Dissociation de la notion de risque avec celle de rémunération : incomplétude et insuffisance de la notion de rémunération pour intégrer le risque d'exploitation

376. Les développements qui suivent pourraient être synthétisés par la formulation de T. PEZ tirée de ses travaux « le risque dans les contrats administratifs »[845]. Ce dernier y écrit que *« l'équation* (…) *selon laquelle « rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation = risque » est erronée ou pour le moins incomplète* (…) »[846]. Cette incomplétude est vraie pour plusieurs raisons.

377. La première raison est que l'équilibre économique d'une concession de service public répond à l'équation Eq = [(Investissements + Prestations de service public) x Risque transféré} / (Recettes d'exploitation + avantages de toute nature + Amortissement des biens) x Durée d'exploitation]. Aussi, parce que l'équation financière de la convention économiquement équilibrée comprend de manière irréductible plusieurs composantes. Ainsi la formulation de l'équation qui aboutirait à conclure que Risque = Rémunération n'est pas vérifiable. En outre, faire un lien d'égalité entre le Risque et la Rémunération c'est écarter le jeu de la durée, ses effets et ses possibilités[847] ; l'habileté du concessionnaire à se défaire du risque qu'il a souhaité courir[848] ; et présumer que la personne publique puisse connaître la réalité économique de l'équivalence entre les gains du concessionnaire et les coûts des prestations qu'il fournit.

---

[845] *Préc.*

[846] *op. cit*, p. 578, paragraphe 935.

[847] Si la durée augmente sensiblement la probabilité d'occurrence d'évènements susceptibles d'altérer l'exploitation, elle est, avec certitude le jour de la conclusion du contrat, une donnée calculée de manière à ce que le concessionnaire puisse rembourser son investissement, atteindre l'équilibre d'exploitation, et dégager une marge nette bénéficiaire. Le principal effet est que la durée est, en règle générale, fixée selon l'amortissement des biens nécessaires au service public, et autorise le concessionnaire a pratiqué ou non, un amortissement de caducité. Le savoir technique que détient le cocontractant sur la personne publique, laisse une marge de manœuvre dans le contournement de la durée contractuelle. Il est le seul à connaître effectivement quand les biens sont réellement amortis et quand la phase de rente de l'exploitation commence. Or, en présence d'une durée non corrélative avec la réalité technique et économique, le concessionnaire voit le risque de l'opération diminuer voire être annulée. Tels sont les effets du transfert dyssymétrique d'informations entre les parties.

[848] Le commissaire du gouvernement L. BLUM rappelait ainsi que « *à côté d'éléments certains, le contrat comprenait des éléments aléatoires ; il comportait un risque pour l'avenir, risque que le concessionnaire a connu et qu'il n'a couru que parce qu'il voulait le courir* » ; concl., C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *in Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1 : 1831-1940, p. 466.

378. Une seconde raison est que la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation ne permet pas d'affirmer que l'absence de cette rémunération conduirait le concessionnaire à l'échec de l'exploitation. On peut encore lire nombre de contrats dont les clauses sont rédigées ainsi : « *Les tarifs doivent être déterminés de manière à assurer l'équilibre* (…) » et « *Le délégant doit veiller, nonobstant l'application de la formule d'indexation, à ce que l'évolution des tarifs permette de façon effective l'équilibre de l'exploitation* (…) ». Ce modèle de clause, récurrent dans la pratique, n'organise pas le transfert effectif du risque d'exploitation.

379. Ce constat a poussé nombre d'auteurs à parler, non pas de la présence d'un risque d'exploitation, mais du risque de ne pas obtenir de l'exploitation la plénitude du bénéfice originellement escompté de la convention[849]. L. VIDAL parle « *d'un risque de sous-optimisation des profits* »[850], T. PEZ de « *risque d'un profit plus faible que prévu* », S. NICINSKI du risque de « *moindre gain* »[851]. Quelle que soit l'expression utilisée, le critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation a contribué à affaiblir la présence du « risque et périls » dans les conventions. Il n'est pas un critère qui, *in concreto*, a permis d'harmoniser les contrats et d'uniformiser l'analyse du risque dans ces derniers[852].

B. Le risque et l'équilibre économique, un tout indissociable

380. Favoriser l'analyse de l'équilibre économique du contrat plutôt que de ne retenir que le seul critère de la rémunération, c'est une obligation pour affirmer que les conventions transfèrent un risque d'exploitation. L'analyse du juge a en conséquence reclassé dans la hiérarchie des critères la rémunération du concessionnaire au plan des indices. De cette manière, la rémunération n'est pas essentielle, c'est le *mode de rémunération* qui l'est (1). Toutefois, parler de risque ne suffit pas pour identifier la concession. Certes, le risque est central. Mais il ne fonctionne que par son interdépendance effective avec les autres facteurs

---

849 V. LLORENS (F.),

850 « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *préc.*

851 NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, *préc.*, p. 666.

852 « *Ainsi peut-on identifier dans deux contrats différents le même pourcentage de revenus tirés de l'exploitation du service. Pour autant l'étude de l'équilibre financier du contrat montrera que la nature du risque n'est pas la même, que ses probabilités de réalisation ne sont pas identiques et que le montage financier, plus ou moins protecteur du cocontractant de l'Administration, est plus ou moins apte à lisser le risque encouru »,* VIDAL (L.*), « Le juge administratif, l'économie et le contrat* », *préc.*

d'équilibre. Si le droit considère que « *le droit d'exploitation de travaux ou de services implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique* »[853], on doit aller plus loin et estimer que ce risque d'exploitation n'est pas seulement révélé par le mode de rémunération, mais par la compilation des facteurs influant sur la rémunération[854] (2).

1. Rétrogradation de la rémunération au profit du risque et du mode de rémunération

381. L'analyse du risque par une analyse globale de l'équilibre économique a été avancée par Laurent VIDAL dans ses travaux sur *l'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*. L'auteur identifie bien l'effort du juge administratif pour lier la notion de risque à celle de l'équilibre financier contractuel[855] mais cet effort n'est que partiel et insuffisant. Pour lui, « *si le risque est bien évalué à partir de l'équilibre financier du contrat qui en constitue le socle, faut-il encore réunir suffisamment d'éléments pour le jauger, et pour ce faire, accepter d'entrer dans les détails de cet équilibre afin d'en entrevoir les composantes* ». Cependant, c'est « *ce que se refuse encore à faire le Conseil d'État* »[856].

382. L'appréciation de l'équilibre économique globale pour vérifier la présence du risque d'exploitation, est désormais plus satisfaisante. On peut dénombrer plusieurs jurisprudences, antérieures à l'ordonnance de 2016, par lesquelles le juge administratif a procédé à une analyse de fond sur *les résultats d'exploitation* et sur le *mode de rémunération*[857] plutôt que sur la *rémunération*. La différence fondamentale est que l'équilibre économique d'une concession est sous l'influence du risque indépendamment de l'*origine* du débiteur de la rémunération. Ainsi, que le concessionnaire soit rémunéré par les usagers du service public ou

---

[853] Directive 2014/23/UE, §18.

[854] Par exemple : C.J.C.E., 15 oct. 2009, aff. C196/08, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, point 39, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-09913 ; *A.J.D.A.*, 2010, p.105, note DREYFUS (J.-D.), PELTIER (M.) ; chron. AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.) ; *R.D.I.*, 2010, p. 153, obs. NOGUELLOU (R.).

[855] « (…) *pour s'assurer de l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service public, c'est, en fin de compte, que l'équilibre financier du contrat dépende des recettes engendrées par l'exploitation du service* », concl. BERGEAL (C.), *A.J.D.A.*, 1999, *préc.*

[856] VIDAL (L.), Thèse, *préc.*, p. 1132-1133.

[857] T.A. Nantes, 6 nov. 2001, req. n°993636, *Mme Françoise Marchand*, *B.J.C.P.*, 2002, p. 160.

des services accessoires à hauteur de *30 %*[858], *20 %*[859], *10 %*[860] ou *0 %*[861], cela n'a aucune influence. L'important est que la rémunération soit incertaine et que sa consistance ne soit pas suffisante pour couvrir les coûts de l'exploitation.

383. Pour dépasser la question de l'origine des recettes, le juge a d'abord analysé la structure de l'équilibre financier d'un contrat à l'aune de toutes les ressources perçues par le cocontractant. Dans sa décision *Commune d'Andeville*, le juge reconnaît ainsi que le délégataire percevait « *une rémunération fixe versée par la commune* » mais aussi que « *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 variant selon le nombre d'usagers* »[862]. Pour F. LINDITCH, « *il s'agit là d'une révolution juridique : l'économie du contrat est désormais appréciée au-delà des engagements contractés par les deux parties, son périmètre intègre l'ensemble des financements accordés par des tiers pour mener à bien l'action décrite dans le contrat* »[863].

384. Cette décision enclenche la rétrogradation de la rémunération et l'avènement du risque. Mieux, elle a préparé la séparation juridique entre les deux notions confondues par la *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation*. En acceptant d'intégrer dans la *rémunération* du délégataire des recettes de toute nature, provenant des usagers, de tiers ou de la personne publique, le juge a permis de faire une place véritable au risque d'exploitation. Car, en vérifiant une délégation de service public par des recettes indirectes, et en acceptant d'en faire un élément de définition de l'équilibre économique, le juge a permis au risque d'exploitation de s'exprimer autrement que par les redevances. Il a aussi permis de détecter dans l'équilibre économique les méthodes de couverture implicite des coûts, notamment par la constitution de recettes accessoires ou annexes par le délégataire.

---

858 C.E., 30 juin 1999, *préc.*

859 C.E., 7 nov. 2008, *Département de la Vendée, préc.*

860 C.A.A. Marseille, 5 mars 2001, req. n°99MA01751, *Préfet du Var c. Département du Var*, *Tables*, p. 1040 ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 968. *B.J.C.P.*, n°20, 2002, p. 48.

861 V. *Shadow tolls*.

862 C.E., 20 oct. 2006, req. n° 289234, *Commune d'Andeville*, *préc.*

863 LINDITCH (F.), « Les ressources tirées de l'exploitation peuvent provenir de subventions versées par des tiers à la délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°50, 11 Déc. 2006, 1301.

385. La notion de risque, en tant que notion autonome révélée, a été employée par la suite dans une décision *Société Kéolis c. Département de Paris*. Le juge d'appel définit ici le risque comme « *un des éléments essentiels d'une délégation de service public* »[864]. Dans cette affaire, la société Kéolis, délégataire du département de Paris, s'est vue enregistrer des pertes financières liées aux insuffisances des prévisions de fréquentation contractuelles[865]. Par transaction, la collectivité accorde une compensation financière due au déficit de fréquentation et, à la même date, les parties s'accordent sur un avenant qui a, en substance, pour objet de mettre en place un « *nouveau mécanisme d'indexation des coûts, des compensations tarifaires nouvelles et la diminution des hypothèses de fréquentation* ». En cela, l'équilibre financier du contrat se voit profondément modifié puisque l'avenant aboutit à accroître la part de subventionnement de la collectivité et la diminution corollaire, d'une rémunération variable et incertaine sur l'exploitation. Or, si la question principale posée au juge d'appel était de savoir si les modifications ainsi apportées étaient substantielles ce qui impliquait la passation d'un nouveau contrat de délégation ; le juge en a profité pour construire son développement autour du risque d'exploitation. En effet, pour considérer les modifications comme substantielles, le juge affirme « *qu'elles affectent la répartition initiale des charges entre le délégant et le délégataire et réduisent ainsi de manière importante le risque d'exploitation encouru par la SOCIETE KEOLIS* », risque qui est « *un des éléments essentiels d'une délégation de service public* ». Ainsi, ce n'est pas une diminution de la part de rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation que le juge prend en référence, mais l'altération importante du risque, élément essentiel des délégations de service public.

386. Le Conseil d'État a repris le risque dans sa décision *Département de la Vendée*[866] en le consacrant comme critère de définition des délégations de service public. À cette occasion, la Haute juridiction a renversé son approche. Le risque n'est plus révélé par la présence d'une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, mais en présence d'un transfert significatif du risque d'exploitation au cocontractant, la « *rémunération doit être regardée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ». La rémunération est

---

[864] C.A.A. Paris., 17 avril 2007, req. n°06PA02278, *Contrats et Marchés publ.*, Juin 2007, n°6, comm. ZIMMER (W.).

[865] La collectivité a estimé la fréquentation sur l'année 2004 entre 181 700 et 222 200 courses ; en réalité, la société Kéolis n'en a effectué que 106 000.

[866] C.E., 7 nov. 2008, *Département de la Vendée*, *préc.*

donc un élément secondaire de l'équilibre économique des délégations de service public[867]. La décision *Commune de Boulogne-Billancourt* en est la confirmation ; de sorte que si la rémunération est substantiellement liée aux résultats d'exploitation selon l'analyse de l'équilibre financier, alors le risque transféré est significatif.

387. Toutefois, ces jurisprudences précurseurs du risque identifié et autonome, demeuraient restreintes par la définition légale de la délégation de service public. Sans modification positive des dispositions de la loi *Sapin* et de l'article L.1411-1 du C.G.C.T., le contrat de délégation de service public, y compris la concession, ne pouvait se suffire du risque d'exploitation. La rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation devait demeurer comme *balise* contractuelle. De plus, la nouveauté du risque dans la jurisprudence en tant que critère essentiel de définition des délégations et socle de l'équilibre économique pouvait offrir des analyes parfois paradoxale et à contre-courant. Ainsi, le juge administratif se réfère dans la décision précédente au risque d'exploitation, mais le qualifie en fonction de la seule variabilité de la rémunération en « *fonction du nombre de représentations et de la fréquentation* »[868].

388. Or, le risque n'est pas astreint au seul volume et à la fréquentation. Il doit être recherché dans toutes les composantes de l'équilibre économique. Parce qu'en l'occurrence, le risque de fréquentation n'est pas suffisant pour démontrer un équilibre économique risqué. Rien n'empêche que ce risque soit ineffectif car le transfert du risque lié aux charges[869], ou que la nature même du service soit réducteur du risque. On peut en avoir une illustration avec les concessions de service public où la clientèle est *captive*, ou, plus simplement, lorsque le service public répond à une demande supérieure à ses capacités[870].

---

[867] AMILHAT (M.), « La rémunération, un critère suffisant pour distinguer les marchés publics et les délégations de service public ? », *J.C.P.A.*, n°38-39, 22 Septembre 2014, 2269.

[868] C.A.A. Paris, 16 déc. 2008, req. n°07PA00954, *Commune de Boulogne-Billancourt*, *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2009, comm. 97, DELACOUR (E.).

[869] Par exemple, C.A.A. Marseille, 5 mars 2001, *préc.*

[870] Peut-on donner l'exemple d'un parc de stationnement réservé aux abonnés « domicile » dans une zone géographique historique, n'offrant aucune autre alternative de stationnement « privé » ou de stationnement sur voirie.

2. Le mode de rémunération, compilation des facteurs d'équilibre économique

389. C'est par l'ordonnance du 29 janvier 2016[871] que le législateur a expressément remplacé le critère de la rémunération par celui du risque pour définir les contrats de « concession » et les distinguer des marchés publics. L'article 5 de l'ordonnance dispose que « *les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou 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* ».

390. L'alinéa 2 de l'article 5 précise le niveau de risque et la qualité du risque qui doit être transféré. Ainsi « *la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* ».

391. La fixation du risque d'exploitation (aussi appelé risque économique[872]) comme critère de définition des contrats administratifs est autant une innovation que le rétablissement d'une conception traditionnellement acquise depuis les conclusions du commissaire du gouvernement CHARDENET dans *l'affaire Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*[873]. La véritable innovation du législateur est l'inscription en droit positif du contenu du risque. Ce risque d'exploitation a été déconnecté de la rémunération du concessionnaire pour être connecté préférablement à l'objectif principal du concessionnaire, celui de réaliser un retour sur investissement. Or, cet objectif de retour sur investissement ne pourra être atteint qu'en faisant face aux aléas du marché, soit le risque significatif de ne pas couvrir les charges de la concession, et *in fine* de supporter le risque des pertes d'exploitation. En cela, le risque d'exploitation est constitué des aléas contractuels prévisibles par les parties mais qui, sans

---

[871] *Préc.*

[872] Art. 51, D. du 1er févr. 2016, concernant les concessions d'aménagement régies par le Code de l'urbanisme.

[873] *Préc.*

aucune influence de l'une ou de l'autre, ont une probabilité de se réaliser positivement ou négativement.

Paragraphe 2 - Le risque d'exploitation révélé par la responsabilité du concessionnaire face aux aléas du marché

392. Les contrats de concession de service public placent le concessionnaire dans un environnement contractuel qu'il ne maitrise seulement que pour partie. Cet environnement contractuel fait peser sur le cocontractant un risque selon lequel il n'est pas certain, au regard du marché et de son évolution, d'arriver à l'équilibre financier[874] soit générer suffisamment de chiffre d'affaires et *in fine* de produits d'exploitation[875]. Ce schéma a été repris sciemment par la directive 2014/23/UE et l'ordonnance du 29 janvier 2016. Les textes définissent le risque d'exploitation tant comme « *l'incertitude prévisible, l'événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant* »[876] et qui expose le concessionnaire « *aux aléas du marché* »[877]. Si ce risque n'est pas nécessairement total, il doit être *a minima* significatif, ce qui exclut d'une manière ou d'une autre, tout mécanisme de garantie de recettes ou de couverture du risque transféré (B).

A. Le risque réel d'exposition aux fluctuations de l'exploitation

393. Dire que le concessionnaire doit assumer les conséquences économiques de son exposition aux fluctuations de l'exploitation, c'est d'abord définir les types de risques auxquels il est exposé. En utilisant la formulation « *exposition aux aléas du marché* », la directive entend les risques soit « *lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque*

---

874 « *Deux cas de figure peuvent être retenus : l'incertitude et le risque. La première concerne les évènements non probabilisables, alors que la seconde a trait à des évènements probabilisables, À partir de ces deux notions, on peut distinguer entre l'événement non connu (incertain) et l'événement dont il est possible de définir le type, mais pas la survenance* », KIRAT (T.), MARTY (F.), *Économie du Droit et de la Réglementation*, L.G.D.J., 2007, p. 54.

875 F. TROGER résume ainsi la situation, « *le risque inhérent à l'exécution du contrat peut être défini comme l'éventualité que les charges soient supérieures, ou que les produits soient inférieurs, à la prévision contractuelle* », *CSP-DSP,* n°22, Avril 2016, *préc.*, p. 14.

876 PEZ (T.), *R.F.D.A.*, 2016, p. 237, *préc.*

877 Le rapporteur public BOULOUIS, sous l'affaire *Département de la Vendée*, a pris en considération que « *sont des DSP les contrats dans lesquels existe pour l'exploitant une incertitude ou si l'on préfère un risque sur l'existence ou le niveau de sa « rémunération », incertitude ou risque engendrés par la gestion du service* », BOULOUIS (N.), concl. sous C.E., 7 nov. 2008, req. n°291794, *Département de la Vendée*, *B.J.C.P.*, févr. 2009, n°62, p. 55.

lié à la demande et à l'offre »[878] (1). De plus, si ces risques qualifient la concession, ils ne sont pas exclusifs. Les risques contractuels communs ou du moins classiques demeurent la responsabilité du concessionnaire, quel que soit le niveau de risque qui lui est transféré (2).

1. Le fondement du risque d'exploitation dans les aléas du marché : le risque de la demande et le risque d'échec

394. Le recours au concept de risque induit par l'offre et la demande, dont la source juridique remonte aux conclusions du commissaire du gouvernement CHARDENET[879], a connu diverses applications préalables en droit interne et en droit européen. On retrouve ainsi une application partielle du risque lié à l'offre et à la demande dans la jurisprudence française où le risque de fréquentation permettait de qualifier une rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation[880]. Or, sans revenir sur les insuffisances du critère de la rémunération[881] et tenant une argumentation synthétique, la fréquentation n'est qu'un élément induit par le risque de la demande. En fait, le risque de fréquentation ou risque volume, n'est qu'un trait particulier du risque lié à la demande. Si la fréquentation du service est un indicateur quant à la réception de la « demande » par rapport à « l'offre », elle n'est pas révélatrice de toutes les implications que le risque de la demande suppose. En tant qu'indicateur du « *risque de recettes* » (sous-catégorie du risque de demande) le risque de fréquentation ne saurait en révèler la plénitude particulièrement parce que « *le risque de demande est un risque global qui affecte à la fois les produits et les charges, c'est davantage un risque affectant le résultat d'exploitation qu'un risque circonscrit aux seules recettes* »[882].

---

[878] Directive 2014/23/UE, § 20.

[879] *Préc.*

[880] « *L'idée selon laquelle le « risque » permettant d'identifier une délégation de service public consiste à faire peser sur le cocontractant une partie des aléas liés au volume ou à la fréquentation nous semble suffisant à appréhender la jurisprudence administrative dans toutes ses subtilités* », COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 301.

[881] La directive exprime elle-même le décalage dans l'ancienne perception en droit interne de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, voire du prisme de la redevance perçue sur les usagers, pour qualifier une délégation de service public, et la perception du droit européen des concessions. Ainsi, « *il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif*. », § 18.

[882] PEZ (T.), *R.F.D.A*, 2016, p. 237, *préc.*

395. En droit européen, l'idée de risque liée à l'offre et à la demande a été progressive jusqu'à être explicitement prononcée[883]. On retrouve notamment dans la communication interprétative de la Commission européenne sur les partenariats public-privé[884] que les actifs liés au contrat n'ont pas à figurer au bilan des administrations publiques si « *le partenaire privé supporte le risque de construction* » et si « *le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui lié à la demande* »[885]. Le risque de construction (maitrise d'ouvrage) est distingué des risques liés à l'exploitation de l'ouvrage, sa disponibilité ou sa demande. Aussi, bien que le risque de diponibilité et le risque de la demande en soit séparé, rien n'exclut à ce que le partenaire ait la responsabilité des deux types de risque en sus de la maitrise d'ouvrage. Dans ce cadre contractuel, il se rapproche alors du « *modèle concessif* »[886].

396. Dans la jurisprudence européenne, la référence à l'exposition aux aléas du marché est constante pour définir le risque d'exploitation. Dans la décision *Eurawasser*, le juge estime négativement que « *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* »[887]. Puis dans une décision *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, le juge y fait une référence explicite en énumérant les risques induits par les aléas du marché. En l'occurrence, « *le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché, lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres 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 intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service* »[888]. Dès lors, et contrairement au risque de fréquentation qui n'induit que le risque de recettes, le risque tel qu'entendu par le droit

---

[883] V. à ce sujet, PEZ (T.), Thèse, *préc.*, p. 117-136.

[884] Livre vert, *préc.*

[885] *Ibid.*, paragraphe 3.

[886] LIGNIERES (P.), « L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique : éléments de réflexion », *La Revue du Trésor*, 2007, n°3, p. 291-293.

[887] C.J.C.E, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurawasser*, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-08377, § 67.

[888] C.J.U.E., 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-01335.

européen dépasse le risque du *moindre gain* pour inclure le risque de réaliser des pertes à l'occasion de l'exploitation[889].

397. Or, si le risque d'exposition aux aléas du marché doit s'entendre comme une notion évolutive et extensible, tirée des fluctuations de l'offre et de la demande, elle ne permet pas d'apporter une position claire et précise dans les contrats où l'usager est captif du service. En effet, lorsque le service est essentiel, indispensable, ou de première nécessité pour les usagers[890], le risque d'exposition aux aléas du marché se voit amputé du risque lié à la demande. En tout état de cause, cette situation vaut pour les services de réseaux[891], et particulièrement dans le cadre de l'adduction en eau et l'assainissement[892]. Le juge a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer que dans le secteur de l'eau, le transfert du risque est « *très limité* », à tel point qu'il est permis de douter de leur qualification objective en concession. En outre, la directive concession a, sans apporter de réelles réponses sur l'existence ou non d'un réel risque d'exploitation pour les concessionnaires de ces services, entendu les exclure au motif que « *les concessions dans le secteur de l'eau sont souvent soumises à des arrangements spécifiques et complexes qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public revêtant une importance fondamentale pour l'ensemble des citoyens de l'Union. Les caractéristiques particulières de ces arrangements justifient d'exclure le secteur de l'eau du champ d'application de la présente directive* (…) ». En tout état de cause, lorsque le service induit une clientèle captive, le contrat ne peut être considéré comme une réelle « concession »[893], ce que le législateur européen semble avouer à demi-mot par l'exclusion de l'exploitation du service d'eau[894].

---

[889] NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, *préc.*, p. 666. V. Directive 2014/23/UE, art. 5.

[890] « (…) *les situations sont nombreuses dans lesquelles aucun risque n'est lié aux recettes parce que le service externalisé est un service de première nécessité et que le monopole attribué au délégataire rend complètement stable le recours qui y sera fait par les usagers et donc le montant des redevances perçues* (…) *les entreprises concessionnaires qui se financent sur l'usager de la manière la plus classique ne subissent aucun risque de ce fait.* », CAPITANT (D.), « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *R.L.C.T.*, Février 2009, n°43, p. 40 à 43.

[891] RICHER (L.), « Délégation de service public : le critère du risque financier », *A.J.D.A.*, 2008, p. 2454.

[892] C.E., 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, préc* ;

[893] MOREAU (D.), « Prise en compte du caractère captif de la clientèle dans l'identification des contrats portant gestion du service public », *R.J.E.P.*, n°671, Janvier 2010, comm. 3.

[894] RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 188. Toutefois, une telle exclusion n'est pas reprise par l'ordonnance du 29 janvier 2016. Le législateur interne a souhaité maintenir la mise en concurrence des concessions organisées dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement. V. Ord. du 29 janv. 2016, Art.13.

398. Pour certains auteurs, le transfert du risque doit être apprécié sans référence au *marché pertinent*. Autrement dit, la nature du marché dans lequel s'immisce l'activité de service public concédé doit être exclue de l'analyse du risque. L'argument invoqué est à cet égard qu'il y aurait là « *un facteur à la fois relatif et contingent, variable en fonction des circonstances de temps et de lieu et, au surplus, sujet à des appréciations parfois délicates* »[895]. On ne saurait être si catégorique. En effet, on pourrait se demander en sens qu'elle serait l'intérêt théorique et pratique de faire une référence aux *aléas du marché* si, le cas échéant, le risque est réputé transféré alors que le marché est *sans risques significatifs*. On comprend l'idée selon laquelle il reviendrait au contrat d'introduire ce risque, par la voie de la performance ou de l'incitation, mais il y aurait ici une autre contingence, celle de la capacité des personnes publiques contractantes à faire valoir leurs conditions. Aussi, le droit de la concurrence est très sensible à la notion de *marché pertinent* notamment dans la qualification des abus de position dominante et des pratiques anticoncurrentielles. C'est d'ailleurs par référence au marché pertinent qu'il est possible de définir les surcoûts liés aux obligations de service public éventuellement compensées dans la concession. Enfin, rompre avec l'appréciation du risque par les risques propres au marché pertinent, c'est exclure de l'évaluation de la concession, les techniques d'évaluation de projet. En l'occurrence, ces évaluations sont réalisées par les candidats soumissionnaires qui, en amont, ont évalué les capacités du marché dans leur offre. Celui-ci est donc nécessairement intégré et, le cas échéant, ses incidences négociées lors de la définition de l'équilibre économique.

399. En définitive, l'une des certitudes sur le risque d'exploitation est sa capacité à rompre l'équilibre économique prévisionnelle dans des conditions normales d'exploitation. Comme il l'a été précédemment indiqué[896], le risque d'exploitation est un risque exogène aux parties, celles-ci n'en ayant pas un contrôle suffisant pour éviter qu'il rompe l'équilibre économique intial. C'est en ce sens qu'il faut entendre que par risque d'exploitation, il ne s'agit pas des risques classiques présents dans tout contrat et qui sont principalement liés à la gestion du cocontractant, sa responsabilité, et son obligation de prévoir ce qui est légitimement prévisible.

---

[895] RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 10ème éd., p. 597.

[896] V. *Supra*, Section 1, §2, B, 2.

2. L'inclusion non caractérisante des risques contractuels dits « classiques »

400. Parmi les risques que supporte le concessionnaire, certains d'entre eux ne peuvent être caractéristiques d'une concession et, de la même manière, ne peuvent faire l'objet d'une prise en charge partielle de la personne publique. De tels risques sont les risques d'absence de qualification du personnel embauché par la société concessionnaire, les erreurs de prévisions économiques, ou plus synthétiquement, toute marque de non-diligence imputable au concessionnaire. Fait aussi partie de ces risques dits classiques, le risque de *disponibilité* de l'ouvrage ou du service. Le risque de disponibilité « *couvre la mise à disposition de l'actif selon les stipulations contractuelles mais également le maintien de cette disponibilité pendant toute l'exécution du contrat ; il peut être mesuré en fonction du niveau de pénalité appliqué à la personne privée en cas d'indisponibilité* »[897]. En d'autres termes, le risque de disponibilité est le risque lié à la diligence de l'opérateur face aux exigences du contrat[898].

401. Si le risque de disponibilité est un risque commun à tout type de partenariat public-privé, tout type de partenariat public-privé n'est pas une concession. Néanmoins, se pose la question de la pertinence du raisonnement du législateur européen en définissant les aléas du marché par le risque, soit total soit parcellaire, et qui fait intervenir soit le risque lié à l'offre soit le risque lié à la demande. Car, en toute logique, si le risque de disponibilité n'est pas constitutif d'une caractéristique des contrats de concession, il est une composante essentielle du risque de l'offre tel qu'exprimé dans le texte de la directive. Il faut peut-être épuiser le raisonnement du législateur jusqu'à sa définition du risque lié à l'offre qui correspond au « *risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande* ». Dans ce cas, c'est l'interprétation du risque lié à l'offre sous l'angle de la jurisprudence *Privater* qui doit être favorisée ; soit le risque « *d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services* »[899]. En effet, il est à rappeler que la directive précise que « *un risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux*

---

[897] LIGNIERES (P.), *préc.*

[898] « (…) *le risque disponibilité ne peut être mis sur le même plan que le risque utilisation/demande : la disponibilité dépend des diligences de l'opérateur, de son respect du contrat, alors que le risque de demande est dans la dépendance des aléas du marché* », RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 187.

[899] *Supra.*

obligations contractuelles ou à des cas de force majeure ne sont pas déterminants aux fins de la qualification en tant que concession, ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession ».

402. En définitive, le risque lié à l'offre doit être compris en excluant le risque de disponibilité. Si l'inverse était vrai, cela induirait une forte contradiction avec les objectifs de la directive. Au nombre de ces objectifs se trouve l'exclusion de toute couverture du risque. Or, s'il était permis au pouvoir adjudicateur d'assumer les risques conséquences des erreurs de gestion et des fautes contractuelles de son cocontractant, cela contreviendrait en tout point à la place centrale prise par le risque d'exploitation dans les concessions.

B. L'interdiction générale des garanties contre le risque d'exploitation

403. En tant que critère central des concessions, le risque d'exploitation agit comme une variable d'inclusion ou d'exclusion des contrats. En outre, à la différence de la concession de service public, le contrat de concession européen peut inclure tout type de contrats de gestion de service ou d'ouvrage et qui n'ont pas le même degré de transfert de risques. Dès lors, il convient de faire une stricte différence entre un transfert de risque limité mais toujours significatif au concessionnaire (1), et les mécanismes de garantie de recettes ou, plus généralement, tout mécanisme dont l'objet est de garantir une rentabilité minimale de la concession (2).

1. Différence entre garantie et transfert limité du risque

404. Les textes sur les concessions départissent une limite juridique et économique entre le transfert de risque limité et la garantie de résultats. Est un transfert de risque limité, le transfert de risque vers le concessionnaire qui, en dépit de la partition du risque d'exploitation, demeure soumis aux aléas du marché. La transcription économique de cette règle est que, limité ou non, le risque supporté induise « *qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales* ». En cela, « *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 »[900].

405. Ici, pour que la partition du risque soit acceptable et vérifie le modèle concessif, il est fait référence au risque de pertes que le concessionnaire doit supporter et qui, selon les textes, doivent être suffisamment importants pour que l'équilibre financier contractuel puisse ne pas être réalisé. En ce sens, il est bel et bien question d'un risque de pertes et non d'un risque de moindre gain ou de rentabilité réduite. Le risque de pertes est une probabilité pour le concessionnaire que l'exploitation ne lui permette pas de réaliser l'amortissement de l'investissement et, encore moins, de se rémunérer. Le risque de faire des bénéfices n'est pas de nature à exclure la présence d'un risque d'exploitation[901]. Au contraire pourrait-on dire, l'intérêt d'une concession n'est pas que le concessionnaire ne puisse pas se rémunérer, mais bel et bien qu'il puisse le faire dans le cadre conventionnel pour réaliser l'équilibre financier, assurer la continuité du service, et le faire évoluer. En ce sens, le bénéfice est la prime de risque supportée par le concessionnaire. Dans les conclusions de N. FENELLY sous l'affaire *Telaustria*, c'est cette interprétation qui est retenue. En ce sens, « *la seule existence d'une probabilité que le concessionnaire sera en mesure d'exploiter la concession en faisant des bénéfices ne suffirait pas à permettre à une juridiction nationale de conclure qu'il n'y a aucun risque économique. À notre avis, une juridiction nationale devrait avoir besoin d'acquérir la conviction, avec un degré élevé de probabilité, que la possibilité de pertes était minimale, voire inexistante* »[902]. Ainsi, lorsque le risque de pertes est significativement supporté par le cocontractant, il est question de concession. Lorsque le risque de pertes est négligeable, purement nominal ou inexistant, le cocontractant jouit d'une garantie de couverture des pertes d'exploitation et donc est assuré de recouvrer *a minima* son investissement. Il s'agit d'un marché public[903].

406. À cette analyse du risque de pertes et de son ampleur sur l'équilibre financier du contrat correspond l'identification du transfert « *d'une part significative* »[904] du risque économique du

---

[900] Directive 2014/23/UE, Art. 5 ; Ord. 29 janv. 2016, Art. 5.

[901] « (…) *l'expression dans les résultats de l'exploitation peut se traduire par une perte ou par un gain* », VIDAL (L.), *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147, *préc.*

[902] Concl. FENELLY (N.), sous l'affaire C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, *préc.*, § 40.

[903] « *un tel «arrangement» ne saurait être qualifié de concession* », *ibid.*, § 32.

[904] *Ibid.*, § 37.

contrat. Est un transfert de risque significatif celui pour lequel les risques de pertes sont fortement probables et ont un impact significatif sur la réalisation de l'équilibre financier[905].

407. Pour autant, tout service n'exige pas un transfert de risque de même ampleur. En réalité, certains services sont nécessairement moins risqués que d'autres, ce qui n'exclut pas la qualification des contrats dont l'objet est leur gestion par concession. En fait, selon le degré de préemption des États sur leur « service public », le risque peut être dès l'origine limité[906] sans pourtant être nul[907]. Tel est l'exemple repris par la directive des « *secteurs réglementés* » mais, plus largement – et cela concerne directement notre droit des contrats administratifs – lorsque les limites du risque sont issues des clauses contractuelles accordant la compensation partielle, « *y compris une compensation en cas de résiliation d'une concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure* ».

408. Ainsi, comme le précise l'avocat général Jan MAZAK sous l'affaire *Privater,* « *la quantité du risque d'exploitation liée au service en question n'est pas déterminante. Ce qui est décisif, c'est le transfert du risque, auquel l'autorité publique attribuant le service en question serait elle-même exposée si elle devait exécuter elle-même la prestation, dans le chef du prestataire du service* »[908]. Si la personne publique assurait un service par nature peu risqué, le contrat de concession porterait sur un service peu risqué.

409. Ce qui paraît ici important c'est, non pas le volume du risque transféré, mais les mesures prises contractuellement et/ou consécurives au contrôle du concédant[909], pour

---

[905] PELLISSIER (G.), « Les délégations de service public et le juge administratif : 20 ans d'application de la loi Sapin », *J.C.P.A.*, n°9, 25 Février 2013, 2055.

[906] « *Il doit demeurer loisible aux pouvoirs adjudicateurs, agissant en toute bonne foi, d'assurer la fourniture de services au moyen d'une concession, s'ils estiment qu'il s'agit de la meilleure manière d'assurer le service public concerné, et cela même si le risque lié à l'exploitation est très limité* », C.J.C.E, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurawasser*, *préc.*, paragraphe 74.

[907] Directive 2014/23/UE, § 19.

[908] Concl., aff. C-274/09, 9 sept. 2010, *préc.*

[909] De plus en plus de collectivités imposent que les concessions soient réalisées après la constitution de sociétés dédiées. Par ces sociétés elles peuvent, en règle générale, mieux individualiser les flux et contrôler l'exploitation. Elles exigent, par ailleurs, que le risque financier soit bien supporté par la société dédiée ; c'est par exemple le cas de la clause de maintien de l'actionnariat sur la durée de l'exploitation.

s'assurer que le « peu de risques » transféré ne soit pas purement et simplement annulé en cours d'exploitation[910].

410. En voici un exemple. À l'occasion du colloque sur le *Nouveau droit des concessions* organisé par la faculté de droit et science politique de l'Université de Montpellier, la question du contenu du risque s'est posée face aux dispositions autorisant les cessions de créances dites « Dailly » à 100 %. Rappelons succinctement que la cession de créances dite Dailly est un moyen de financement des investissements faisant appel au régime des sûretés bancaires, et par lequel la personne publique (débiteur) autorise son cocontractant (cédant), à transférer sa créance au profit d'un établissement financier (cessionnaire). Ainsi, les flux de recettes liés aux investissements versés au cocontractant de la personne publique, devront éventuellement être versés à l'établissement prêteur sur demande de celui-ci.

411. Pour l'intervenant P. DELELIS, les contradictions sémantiques entre le paragraphe 18 de la Directive – qui parle de risque d'exploitation composé du risque sur l'investissement et du risque sur les coûts d'exploitation – et l'article 5 al. 1er de la Directive repris par l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 – qui dispose du risque d'exploitation composé du risque sur l'investissement ou du risque sur les coûts d'exploitation – doivent être rompues. L'interprétation sécuritaire des textes impose alors de se référencer au « ou » plutôt qu'au « et »[911]. Par ce moyen, le risque d'exploitation peut se résumer aux seuls risques liés aux coûts d'exploitation sans les risques liés aux coûts d'investissement. En conclusion, la cession de créance Dailly à 100%, qui éteint le risque d'investissement, ne contreviendrait pas au nouveau droit applicable[912].

412. Pour le contrat de concession de service public et de travaux publics, une telle interrogation ne se pose pas. En effet, la concession de service public et de travaux publics est

---

[910] Par des garanties de recettes ou des garanties des coûts.

[911] Cette traduction de la concession vaut aussi en anglais, puisque le législateur utilise « and » puis « or », aux mêmes lieux de la directive. Que faut-il alors comprendre de la directive ? Il n'est pas rare que le « ou » soit inclusif, ce qui irait dans le sens logique du paragraphe introductif. D'autant plus que la contrepartie du risque d'exploitation, le droit d'exploiter, s'entend expressément comme le droit de se rémunérer sur toutes les composantes du contrat : exploitation et investissements, VILA (J.-B.), « L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégations de service public », *J.C.P.A.*, n°11, 21 Mars 2016, 2063.

[912] DELELIS (P.), *Cession Dailly acceptée et risque d'exploitation du concessionnaire*, *in* CLAMOUR (G.) et UBAUD-BERGERON (M.) (dir.), *Le nouveau droit des concessions*, actes du colloque du 8 avril 2016, éd. Du CREAM, 2016, p. 173 à 183.

le seul mécanisme qui concentre une universalité de risques de par le portage financier du projet par le seul cocontractant. Il n'est pas en mesure d'opérer une cession de créances sur l'investissement car il en supporte l'effort. Tout au mieux, l'on évoquerait deux hypothèses de cession de créances pour le moins réduites. En premier lieu, la cession de créances pourrait être envisagée sur les subventions aux investissements déterminés en amont de la convention. L'efficience de la cession serait ici limitée ; l'essentiel du risque d'investissement demeure à la charge du seul concessionnaire, sauf à être dans le cadre, non d'une concession, mais d'un affermage. En second lieu, la cession de créances porterait sur l'éventualité d'une créance, celle d'une indemnité à percevoir en cas de résiliation (ou résolution)[913] anticipée du contrat. Mais, l'hypothétisme de la créance n'est pas de nature à éteindre le risque d'investissement du concessionnaire. Elle parait alors inadéquate.

413. La limitation du *risque ab initio* induit une réflexion plus globale sur le contrôle *ex post* du risque par la personne publique. Cela dépasse la seule application des textes sur les concessions[914], et renvoie irréductiblement à la connaissance du concédant sur le niveau de recettes du cocontractant. Nombre de chercheurs l'ont relevé ; la rémunération du concessionnaire se compose de recettes explicites ou implicites[915]. Or, rien dans les textes ne se réfère à une quelconque protection des deniers publics qui sont pourtant très largement employés dans les contrats de concession. Rien non plus n'est dit sur l'équilibre contractuel et le rapport de puissance économique entre les parties qui est un débat récurrent, pour ne pas dire systématique, à l'occasion de *P.P.P.* La vision des textes est purement libérale et procédurale. Elle n'offre aucune grille de contrôle autre que celle obligeant la personne publique à organiser une nouvelle mise en concurrence lorsque les variations du risque, des coûts, ou des prestations, font dépasser la valeur de la concession de celle qu'elle doit être.

---

[913] VANDEPOORTER (A.), « La cession de créances attachées à un contrat public », *CP-ACCP*, n°169, octobre 2016.

[914] Dont l'objet est, encore une fois et essentiellement, de soumettre à des procédures de mise en concurrence l'octroi et les modifications des contrats de concession : « *L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat* », Directive 2014/23/UE, § 18.

[915] Comme l'indique L. VIDAL, cela « *suppose que les cocontractants de l'Administration ne possèdent pas une maîtrise substantielle du risque encouru* ». Or, en pratique, l'entité cocontractant maitrise mieux que la personne publique la dimension du risque et sa maitrise. Là est le signe de la « *puissance* » des concessionnaires sur les concédants publics, *R.F.D.A*, 1999, *préc.*

2. Exclusion de tout mécanisme de garantie du seuil de rentabilité de la concession

414. Les mécanismes de garantie de recettes, de garantie contre les pertes, de garantie contre la hausse des coûts ou encore des garanties pour l'amortissement des biens de la concession, remplissent tous une fonction : assurer et conserver la rentabilité de l'opération pour le concessionnaire. Il faut alors une prise de conscience des effets de l'environnement contractuel et des clauses qui peuvent être favorables au concessionnaire.

415. Réputée être un contrat où le risque opérationnel est totalement externalisé vers le tiers, la concession de service public se voit appliquer couramment des mécanismes de garanties contre le risque transféré. Le plus évident est la clause de révision périodique des tarifs qui, au mieux, se fonde sur une hausse des coûts précise des matières premières utilisées effectivement dans l'exploitation et, au pire, se fonde sur l'inflation ou la déflation. Il en va de même des clauses de *rendez-vous*. La maitrise de ces clauses classiques de révision du contrat doit être totale par la personne publique car, si elles ont, en théorie, pour objet de maintenir l'équilibre financier, elles conduisent inévitablement à ce qu'en pratique[916], elles se tranforment en garantie contre le risque de dépenses[917] et couvrent le risque de recettes[918].

416. Aussi, et sans besoin d'en faire une liste exhaustive, certains mécanismes de couverture de risques ou de garantie de rentabilité méritent l'illustration. Peut être ainsi évoquée la pratique des contrats entre une autorité publique et une société de projet[919]. La société de projet titulaire du contrat de concession peut limiter sa responsabilité financière et conserver le niveau de rentabilité demandé par ses financeurs par différents mécanismes. Outre les contrats d'assurance pour les défauts dans l'exécution de la réalisation ou de l'exploitation, la

---

[916]Avis 2014-25, Saisine n°14-L.1411-18-RA -17, du 11 septembre 2014 relatif à la convention de délégation de service public pour l'exploitation des marchés communaux d'approvisionnement et autres occupations commerciales du domaine public de la commune d'Ouistreham (Calvados), disponible : www.ccomptes.fr/content/. Par cet avis de la Chambre régionale des comptes de Basse-Normandie, Haute-Normandie, le juge financier a relevé le déséquilibre financier d'une délégation de service public lorsque « *la commune est financièrement tenue de compenser l'absence de mise en œuvre de la formule de révision contractuelle* ».

[917] « *La variabilité des produits d'exploitation n'implique pas de risque économique particulier si les coûts peuvent être ajustés* », *R.L.C.T.*, 2008-4, CAPITANT (D.).

[918] PEZ (T.), Thèse, *préc.*, p. 340-352.

[919] NEVEU (B.), « Les sociétés dédiées à l'exploitation des services d'eau et d'assainissement et le droit des contrats publics », *Contrats Publics*, n°113, Septembre 2011, p. 42-47.

société a l'opportunité de sous-traiter les phases de la concession y compris la gestion du service public[920]. Connue sous le nom de la technique du « *back to back* », la société de projet est en mesure de transférer le risque financier de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat à des sociétés inférieures. L'intérêt est de faire correspondre, dans les contrats de sous-traitance ou de sous-concession, les montants entre les sanctions applicables par la personne publique concédante à la société de projet, aux montants que peut appliquer la société de projet aux entreprises opérationnelles. L'adossement des charges financières tirées du risque d'exploitation vers des contrats secondaires favorise le maintien du profit de la société de projet. En l'occurrence, la société de projet ne subit pas la sanction de ses financeurs puisque ces derniers sont assurés que la société de projet disposera toujours des flux de recettes nécessaires au fonctionnement de l'exploitation[921].

417. De la même manière, peuvent-être relevées les clauses par lesquelles la société de projet sera toujours en mesure de limiter l'application des sanctions financières en procédant, par elle-même ou sur l'ordre de l'établissement financier, à la substitution préventive d'une entité défaillante. Ces clauses de substitution ou de « *step-in right* », sont particulièrement utilisées dans le cadre des *P.F.I.* Un exemple d'application célèbre se trouve dans la concession ferroviaire transmanche dite *Eurotunnel*[922]. L'intérêt est simple, la clause invoquée par la société de projet a pour effet de restreindre voire annuler les effets du pouvoir de coercition de la personne publique. Par ce moyen, la société de projet s'assure de la continuité de l'exploitation et contraint la personne publique à ne pas utiliser son pouvoir de sanction, qu'il s'agisse de la résiliation[923] ou de la mise sous séquestre aux frais du concessionnaire. Or, au-

---

[920] C.E., Ass., Avis, 16 mai 2002, req. n° 366305.

[921] RICHER (L.), *La concession en débat*, p. 100 et s. ; DUPAS (N.), GAUBERT (A.), MARTY (F.) et VOISIN (A.), « Les partenariats public-privé post crise financière. Evolution des conditions de financement des contrats et répercussion sur l'allocation des risques », *Gestion et Finances Publiques*, n°1-2012, janvier, p. 51-59.

[922] AUGAGNEUR (L.-M.), KARPENSCHIF (M.), « Eurotunnel et la question de la validité des clauses de substitution :- Step-in right versus droit des faillites », *J.C.P.G.*, n°4, 25 Janvier 2006, I 106.

[923] « *C'est notamment le cas lorsque le contrat de concession ne prévoit pas l'obligation pour le concédant d'indemniser (au moins à hauteur de l'encours des crédits) le concessionnaire de la valeur des actifs de la concession suite à une résiliation pour défaut du concessionnaire. Le droit de substitution a alors vocation à permettre aux créanciers d'éviter cette résiliation* », DENIAU (P.), ROUAST-BERTHIER (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *R.D. bancaire et fin.*, n°4, Juillet 2008, étude 13.

delà de ses effets sur le risque d'exploitation, certains auteurs se sont posé la question de la légalité de clauses portant atteinte aux pouvoirs exorbitants de la personne publique[924].

418. La prudence est donc de rigueur pour les personnes publiques face aux effets des clauses qui transfèrent le risque d'exploitation sur des entités dont elles ne disposent pas de droit de regard suffisant. Car, si les concessionnaires ont toujours l'obligation de présenter les sociétés auxquelles elles confient tout ou partie du contrat de concession à la personne publique, il est rare qu'ils en présentent les détails contractuels et financiers. Par ailleurs, la personne publique elle-même est limitée par son pouvoir de contrôle. C'est par la pratique et l'organisation de la concession qu'il est seulement possible d'obtenir une certaine transparence[925]. Le juge considère qu'en la matière « *l'autorité concédante ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation de cession* »[926] puisque « *le refus d'autorisation de cession ne peut être fondé que sur des motifs tirés de l'incapacité technique ou financière du concessionnaire proposé* »[927]. Le seul moyen de refuser toute cession du contrat serait de prouver la couverture du risque d'exploitation du concessionnaire et, dès lors, la modification substantielle des clauses originelles du contrat[928].

419. En acceptant de faire du risque le critère conditionnel de l'équilibre financier des concessions, il devient incontournable pour les pouvoirs adjudicateurs de s'en approprier les forces et les faiblesses. La force du risque d'exploitation est d'être en toute autonomie juridique, une opportunité de rénover l'approche du contrat de concession, et de se défaire du lien parfois trop intime que le risque a longtemps entretenu avec la rémunération du cocontractant. Or, ce champ des possibles pour les autorités publiques est la principale faiblesse du critère du risque. Il suppose que la mesure de l'équilibre financier se fasse en fonction du risque transféré. L'interdépendance des éléments constitutifs de l'équilibre

---

924 AUGAGNEUR (L.-M.), KARPENSCHIF (M.), *préc.*

925 NEVEU (B.), *préc.*

926 Rép. Min. Int., *J.O. Sénat*, 1er nov. 1990, *préc.*

927 BERGEAL (C.), concl., *R.F.D.A.*, 1998, p. 535 ; C.E., 8 nov. 1935, *Compagnie guadeloupéenne*, *Leb.*, 1935, p. 1021.

928 L'avis du Conseil d'État en énonce trois : l'altération de l'*intuitus personae*, le détournement des procédures de mise en concurrence par l'autorité concédante, la modification substantielle des termes du contrat. C.E., Avis, 8 juin 2000, req. n°141654, *A.J.D.A.*, 2000, p.758, obs. RICHER (L.). À noter qu'une telle clause, selon la directive 2014/23/UE, si elle est négociée dès la mise en concurrence entre les soumissionnaires et donc prévue au contrat, n'est pas susceptible d'engendrer une remise en concurrence, v. *Supra.*

financier[929] l'impose et impose que la concession, en tant que contrat à risques, bénéficie d'une rigueur particulière dans sa négociation et son acceptation.

[929] « *On peut interpréter l'équilibre économique comme étant une théorie de la mutuelle dépendance générale des éléments du système* (…). *Il s'en déduit une conséquence très importante : tous les éléments de la vie économique sont liés entre eux* », BOUSQUET (G.H.), « Les trois notions de l'équilibre économique », *Econometrica*, vol. 1, n°2, Avril 1933, p. 193 (190-196).

Conclusion du chapitre I

420. La définition de la concession de service public par le risque d'exploitation est aujourd'hui la consécration d'un critère dont la constance n'a été que peu remise en cause. Le risque d'exploitation résume aisément et sans équivoque, les besoins de la personne publique et la finalité du contrat. Il s'agit du risque lié à l'exploitation du service, propre aux concessions, dont le transfert est autant la marque d'une confiance en une meilleure gestion du service public par un tiers, qu'un rehaussement de la responsabilité de la personne publique. Peut-être est-ce là la vraie lacune de la directive européenne. Elle fait revivre le risque en tentant difficilement de donner une définition juridique unique du risque d'exploitation, mais laisse les pouvoirs adjudicateurs face à leurs préoccupations antérieures : comment parvenir à définir le « risque » *ex nihilo* et comment le contrôler par le prisme des sociétés dédiées au service public ?

421. Il serait périlleux de considérer le transfert du risque d'exploitation en l'abandon du service public. Bien au contraire le risque s'inscrit dans une étude continue de l'exploitation sur toute la durée du contrat. L'autonomie du risque autorise les parties à solliciter le meilleur du contrat à un instant donné, sans pour autant que les situations soient cristallisées dans le temps. L'étude du risque sur la durée du contrat a cet objectif, celui d'ajuster l'équilibre économique de la convention en fonction des besoins réels de l'exploitation.

Chapitre II - Les effets du couple risque-temps sur l'équilibre

422. Le prisme du temps dans les contrats a déjà fait l'objet de nombreuses appréciations doctrinales. Celles-ci ont abouti à apprécier le temps comme une donnée complexe et aux fonctions polymorphes[930]. Les conclusions qui en sont duplicables aux concessions de service public où la durée est traditionnemellement identifiée comme une de ses caractéristiques essentielles[931]. Par la durée découlent nombre de conséquences juridiques prises en considération tant par le juge que par le législateur. Par la durée, le commissaire du gouvernement CHARDENET caractérisait pour partie le risque dans les contrats administratifs, notamment par l'incertitude dans laquelle le cocontractant s'engage lorsque cette durée est longue. Il précisait ainsi que « *au cours d'une période de temps un peu longue, bien des événements peuvent se produire ; notamment, la situation économique peut changer ou tout au moins se modifier* »[932].

423. Par ailleurs, et comme l'affirmait M. HAURIOU, le contrat ne peut contenir le temps et ses effets, mais ne peut que les prévoir sur une période donnée. Le contrat, en tant qu' « *acte de prévision* »[933], n'est pas une réalité incontestable de ce que sera l'exécution des prestations, mais une prévision légitime et sincère de ce que devraient être ces prestations. Or, si les parties se doivent de définir consensuellement ce qui est légitimement prévisible, nul n'est tenu de prévoir l'imprévisible. Le contrat de concession applique ces principes. Il est un acte prévisionnel, où l'équilibre économique est une constante à atteindre, mais qui s'inscrit dans un environnement variable, risqué et incertain. Bien que l'on pense à certains outils de calibrage du temps sur les clauses du contrat, au nombre desquels se trouve le coefficient

---

[930] V. ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, Thèse, L.G.D.J., 2008.

[931] « *Selon une règle traditionnelle le contrat de concession est conclu pour une longue durée (le plus souvent 30 ans, mais il peut exister des contrats de 50, 75 et même 99 ans* », DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, *préc.*, p. 27. Cette affirmation, si elle n'est plus d'actualité depuis la loi *Sapin* (ex-art. 40 et ex-art. L.1411-2 C.G.C.T.) et les conséquences juridiques qui découlent de l'arrêt *Commune d'Olivet* (C.E., 8 avr. 2009, req. n°271737), elle n'est pas moins révélatrice que les contrats de concession sont des contrats de longue durée au regard des investissements nécessaires au service public.

[932] Concl. CHARDENET (P.), *S.*, 1916, P. 127.

[933] « *Le contrat représente ainsi la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* », HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Dalloz, p. 206.

d'actualisation des valeurs dans la concession, ou encore les indexations des effets du temps sur les tarifs du service public, les effets du temps ne sont pas manipulables par les parties.

424. En cela, le temps de l'exécution, matérialisée par une durée contractuelle limitée dans les concessions, est un élément qui influence et augmente l'occurrence des risques identifiés par les parties. La logique est que plus la durée est longue, et plus les prévisions établies *ab initio* ont de chance de s'éloigner de la réalité. De même, plus la durée est longue, et plus la probabilité de voir la concession perturbée par la réalisation d'un risque ou d'une incertitude s'accroit[934]. La durée de la concession, quoique limitée dans le temps, est un facteur d'accroissement du risque d'exploitation qui, selon la nature de l'événement, est intégralement ou partiellement supporté par le concessionnaire (*Section 1*).

425. Toutefois, et c'est là le paradoxe du temps, c'est que ses effets ne sont pas seulement l'augmentation de la probabilité d'occurrence des risques définis ou non dans la concession, mais aussi et parallèlement, la réduction du risque financier de l'exploitation. De la sorte, le temps est une valeur économique dont l'appréhension par l'entrepreneur est totale. Le temps de l'exécution correspond à la période nécessaire au concessionnaire pour générer suffissament de flux de recettes pour amortir totalement son investissement et se rémunérer. Il jouit alors, pendant toute la durée du contrat, des avantages et garanties que la contractualisation avec une personne publique peut engendrer. La gestion du temps est le premier outil de gestion des risques. Plus le contrat est long, plus il garantit la réussite de l'exploitation et réduit le risque d'échec. La durée est ainsi un élément fondamental de la « *bancabilité* » du projet et un élément fondamental offrant au concessionnaire les moyens d'arriver à un niveau de rentabilité attendu.

426. Cette valeur économique du temps est peu ou prou prise en compte par le droit[935]. Le temps est une valeur économique puisque le contrat de concession doit être limité dans le

---

[934] « *Les contrats de concession étant conclus pour des périodes de temps forcément étendues, il peut se produire au cours de leur exécution bien des évènements qui viendront plus ou moins troubler leur économie, évènements qui n'avaient pas été prévus au moment où les parties avaient contracté* », concl. CHARDENET (P.) sous C.E., 1916, *Compagnie générale d'éclairage au gaz de Bordeaux*, *préc.*, p. 128.

[935] « *Ce positionnement classique du droit a une conséquence importante : s'il résulte que le temps et l'économie ont a priori une influence limitée sur les contrats administratifs, ces deux données ont en réalité un rôle fondamental lors de la phase d'exécution des accords conclus par les personnes publiques* », VILA (J.-B.), *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*, p. 33.

temps, l'absence de limite conduisant à une altération de la concurrence[936]. Or, est considérée comme telle, toute situation qui conduit à favoriser économiquement, à un instant défini, une entreprise plutôt qu'une autre sur le marché commun. De même, l'expression économique du temps est totale lorsque le législateur lie la durée contractuelle à la durée *raisonnable* pour que le concessionnaire puisse amortir l'investissement et opérer un retour sur capital investi[937].

427. La conception du temps dans la concession est différente en termes d'angle d'approche et implique une conciliation fine et technique. L'idée est simple, il s'agit d'analyser les effets négatifs du temps sur le risque d'exploitation et de les peser avec les effets positifs du temps sur le risque d'exploitation. La balance d'équilibre trouvée devrait aboutir à la durée contractuelle[938]. Pour autant, la pratique d'une telle conciliation est moins évidente que son concept, d'autant qu'il conviendrait pour ce faire, d'appréhender la durée du contrat non comme une donnée fixe et intangible, mais comme une donnée évolutive en fonction du risque effectivement supporté par l'exploitation (*Section 2*).

---

[936] Qu'il s'agisse là des règles de procédure ou de la constitution de situations abusives corollaires à la permanence de droits et avantages octroyés au concessionnaire.

[937] « *La durée de la concession doit donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire* », Communication interprétative du 29 avril 2000, *préc.*, § 3.1.3.

[938] YE (S.), TIONG (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 471 à 482.

Section 1 - La durée concessive, facteur d'accroissement des aléas d'exploitation

428. Parce qu'elle entraine la réalisation d'investissements qui doivent être amortis par le cocontractant, la concession de service public suppose une longue durée contractuelle qui fait figure de particularité des concessions[939]. Dès lors, s'il n'est pas exclu que d'autres formules contractuelles puissent être considérées comme de longue durée[940], le contrat de concession est celui qui expose le plus fortement, en fonction du temps imparti, le cocontractant aux risques. Cette démonstration est toutefois insuffisante. Pour la compléter, il convient de revenir sur la distinction opérée précédemment, largement utilisée en management de projets[941], entre risque et aléa[942].

429. Parce que le risque est une incertitude prévisible, les intervenants à un projet sont en mesure d'établir un prévisionnel. Ce prévisionnel est un outil prospectif qui projette dans le temps le risque, sa probabilité d'occurrence, et ses fluctuations sur le projet. Les *scenarii* exposés dans une matrice de risques, offrent une grille de lecture sur la viabilité et la faisabilité du projet. Il est le socle de la négociation *interpartes* dont dépendent les tarifs, le taux de rentabilité, la valeur actuelle nette, et les modalités d'amortissement. Il est le moyen de détermination du temps contractuel nécessaire à l'objectif d'équilibre financier (**§1**).

430. L'aléa lui, peut être le fruit du hasard[943], ce qui empêche toute projection sur le projet. Seules ses conséquences *a posteriori* sur le contrat sont maitrisables. L'exemple le plus évocateur est l'organisation de la fin de contrat et la libération des parties en cas de force

---

939 « *Un affermage succède souvent à une concession. L'affermage a normalement une durée plus courte qu'une concession*. », BEZANÇON (X.), CUCCHIARINI (C.), COSSALTER (P.), *Le guide de la commande publique*, Éd. Le Moniteur, 2009, p. 231.

940 Il semblerait que soit considérée comme telle, une durée qui nécessite pour sa détermination que soit pris en compte le temps raisonnablement escompté pour qu'il y ait un amortissement des investissements et un retour sur capital, D. n°2016-86 du 1er févr. 2016, Art. 6. De même, peut-on considérer qu'un marché public est de longue durée, lorsqu'il s'agit d'un marché de partenariat, ou même lorsqu'il s'agit d'un marché public dont les conditions n'ont pas changé et qui est tacitement reconduit par les parties, D. n°2016-360 du 25 mars 2016, Art. 16.

941 PLUCHART (J.-J.), *Management des grands projets*, MA éditions, 2016, p. 74.

942 PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, p. 14 et s.

943 L'éthymologie latine du mot alea indique qu'il s'agit d'un terme employé pour le « dé, jeu de dés, jeu de hasard, hasard », Dictionnaire Gaffiot, latin-français, 1934, p.96.

majeure. Il est alors un « *risque intransférable* »[944] qui, s'il était assumé par le cocontractant, entrainerait un risque de déséquilibre économique (**§2**).

Paragraphe 1 - Prévisibilité et fixation d'une durée contractuelle

431. Un moyen technique pour révèler les éléments prévisibles de la concession est de conjuguer le cahier des charges réalisé par la personne publique et le compte prévisionnel des soumissionnaires. Si le premier permet de recenser l'intégralité des prestations demandées par l'autorité concédante, le second lui, permet de comprendre quel est le niveau de bénéfice escompté sur la durée d'exploitation en fonction du degré d'investissement et du degré de risques qu'il a identifiés[945]. Or, les données prévisionnelles fournies et qui engagent les parties lors de la conclusion de la concession, sont des données dont la fiabilité peut être remise en question. En effet, les exigences procédurielles de mise en concurrence imposent que l'autorité concédante ait pu, avant la réception des offres, établir une durée contractuelle (A). De plus, les nouvelles dispositions issues de la directive 2014/23/UE limitent sensiblement le champ de l'imprévisible et imposent que les parties aient une confiance suffisante dans les données prévisionnelles établies. À défaut, la possibilité de modifier la convention par avenant est restreinte ou conditionnée à une remise en concurrence (B).

A. La fiabilité relative des données prévisionnelles

432. Par définition, l'établissement d'un prévisionnel d'exploitation ne saurait être une loi figeant l'exploitation dans le temps. Le prévisionnel est une indication réputée sincère de l'environnement économique et conjoncturel de l'exploitation. Aussi, si ce procédé d'évaluation d'un projet est commun en management d'entreprise puisqu'il détermine la faisabilité du projet, il est remarquable qu'une telle évaluation ne soit ni obligatoire, ni suggérée par le droit des concessions. Il revient ainsi aux compétences variées des collectivités d'établir un tel prévisionnel pour fixer *ex ante* une durée d'exploitation (1). Cette pratique rompt avec l'objectif de rationalisation des concessions de service public. Par elle, il

---

[944] « *La frontière entre le mesurable et le non mesurable est incertaine et elle peut être affectée par la volonté des parties ce qui ne permet pas d'opposer dans l'absolu risque et aléa. On préférera alors parler de risque transférable et de risque non transférable* », RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 96.

[945] « *le compte prévisionnel d'exploitation constitue par excellence le résumé des flux financiers raisonnablement escomptés du contrat de délégation, retraçant les risques supportés par le délégataire mais aussi son bénéfice raisonnable* », VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°29, 20 juill. 2015, p. 2232, *préc.*

est effectivement difficile de déterminer une durée strictement satisfaisante pour les deux parties et que l'on peut qualifier de durée essentielle[946] (2).

1. La fixation ex ante de la durée par la personne publique : un frein à une durée optimale des concessions

433. Les anciens articles 40 de la loi *Sapin* et L.1411-2 C.G.C.T., disposaient que « *Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire* ». L'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 reprend cette obligation de fixation de la durée par l'autorité concédante « *en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire* ». Cette disposition qui paraît logique au regard du pouvoir de direction de la personne publique dans la détermination des contrats administratif a toutefois longtemps été interprétée comme une obligation de déterminer la durée avant l'envoi d'un avis d'appel d'offres la durée du contrat. Telle a été la position du juge administratif puisqu'en l'absence d'une durée précisée[947] dans l'avis d'appel à concurrence et dans tous les documents précontractuels, un candidat évincé serait susceptible de demander la résiliation du contrat[948].

434. Cette position, si elle se justifie par l'obligation de transparence qui incombe à la collectivité dans la divulgation des caractéristiques essentielles du contrat public, n'est pas en phase avec l'importance de la durée dans la définition de l'équilibre financier du contrat. Tout d'abord, prévoir une durée *ex-ante* à la négociation fige la discussion entre le concédant et le concessionnaire. La phase de négociation est donc tronquée par une durée préfixée, et déliée du savoir-faire du concessionnaire. Ainsi, il est possible de se retrouver soit avec une durée

---

[946] ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, p. 416 à 443.

[947]« *en ne fixant pas un terme précis au contrat d'affermage qu'elle entendait conclure, et en ne précisant pas les circonstances de nature à justifier une offre sur dix ou vingt ans, ni les conditions dans lesquelles la collectivité délégante apprécierait les différentes offres au regard de la durée du contrat, la collectivité délégante n'avait pas fourni aux entreprises candidates une information suffisante sur les critères d'appréciation des offres* », C.E., 15 déc. 2008, req. n°312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, *A.J.D.A.*, 2008, p. 2421 ; *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 58.

[948] « (…) *cette omission constituait un manquement aux obligations de publicité entachant la procédure de passation du contrat, la fixation d'une telle durée* », C.E., 28 mai 2003, req. n°248429, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris*, *B.J.C.P.*, 2003, p. 388, concl. PIVETEAU (D.).

trop longue – les soumissionnaires n'ayant aucun intérêt à la voir réduite[949] – soit avec une durée insuffisante comparativement aux prestations envisagées. En outre, il est difficile d'apprécier une réelle marge de manœuvre[950] de la personne publique dans la fixation de la durée alors que la pratique de la procédure de passation laisse supposer qu'il s'agit plutôt d'une marge d'erreur d'appréciation. En attestent la multiplicité des modes de calcul d'amortissement et la diversité d'installations susceptibles d'être mises en place. Le calcul de la durée technique des biens nécessaire pour définir la durée optimale de la convention suppose que la personne publique ait une compétence naturelle pour le faire. Or, il n'en va pas ainsi. Seules certaines collectivités sont suffisamment armées à cet effet, ce qui laisse une majorité de situations où il revient *in fine* au concessionnaire d'établir lui-même la durée contractuelle[951].

435. Tout cela fait écho à l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui dispose qu'une autorité concédante doit avoir préalablement défini son besoin avant toute procédure de mise en concurrence. Or, dans la pratique, cela revient nécessairement à établir un cahier des charges suffisamment complet pour éviter toute sanction du manque de définition du besoin. Tel est en tout cas l'analogie de l'existant avec les marchés publics[952].

436. Actuellement, c'est à l'aune de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge du contrat sanctionne la durée des délégations de service public[953]. Un tel contrôle est paradoxal tant la durée est le métronome de l'équilibre financier et qu'elle interfère avec les autres facteurs d'équilibre. Ainsi, lorsque le juge affirme qu'il étudie le transfert de risques par l'analyse de l'équilibre financier, il ne peut se soustraire à un contrôle approfondi de la durée et de ses

---

[949] « *Or, on considère généralement qu'une durée de concession trop longue est plus avantageuse pour les partenaires privés tandis qu'elle pourrait conduire à une perte pour le partenaire public* », TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *Build, Operate and Transfer*, éd. Larcier, 2013, p. 455. V. *Infra*, Section II.

[950] « *une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce* », Cons. constit., 20 janv. 1993, déc. n°92-316 D.C., Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *L.P.A.*, 1993, n° s.n., MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) ; *R.F.D.C.*, 1993, n° s.n. FAVOREU (L.), PHILIP (L.), ROUX (A.), RENOUX (T.-S.).

[951] « (…) *ce qui va sans dire mais qui méritait d'être rappelé compte tenu de la pression exercée par certains délégataires sur les collectivités publiques afin que le contrat soit conclu pour une durée aussi longue que possible* », BRENET (F.), « La détermination de la durée des délégations de service public », *R.J.E.P.*, n°672, Février 2010, comm. 8.

[952] Code des marchés publics, Ex-Art. 5. Désormais, cela fait l'objet d'un chapitre à part entière dans l'ordonnance du 25 mars 2016, Première partie, Titre 2, Chapitre 1er.

[953] C.E., 23 juill. 1993, req. n°138504, *Compagnie générale des eaux* : JurisData n° 1993-045412 ; *Leb.*, p. 226.

effets sur le transfert du risque[954]. Un contrôle de l'optimalité de la durée suppose ainsi que la durée corresponde au niveau de risque transféré, au niveau de rémunération accordé, et enfin à la vitesse d'amortissement des biens annoncés[955]. Au demeurant, il est curieux de voir que la durée fixée *ex ante* ne soit sanctionnée que par une erreur manifeste d'appréciation alors que la durée excessive, constatée *ex post*, est sanctionnée après « *une appréciation de la durée des conventions par rapport à leur réalité financière* »[956].

437. En définitive, en se restreignant au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il est discutable que l'analyse prétorienne puisse aboutir à confirmer ou infirmer la présence « *d'une durée normale* » de délégation. Le contrôle restreint rompt avec le caractère « *d'impératif d'ordre public impérieux* »[957] de la durée des délégations de service public. Pour autant, la sévérité du contrôle prétorien sur la durée ne peut être la seule voie d'amélioration dans la gestion des données prévisionnelles d'une concession. Inévitablement, un nouveau contrôle du juge sur la durée doit être accompagné d'un réhaussement des compétences en la matière des personnes publiques concédantes. En outre, et pour les aider, elles peuvent utiliser la durée comme un critère de sélection des soumissionnaires pour rechercher un terme optimal d'exploitation.

2. La durée comme critère de sélection des offres : un outil de détermination de la durée essentielle des concessions ?

438. La durée de la concession doit être comprise comme une donnée établie de concert entre les parties. La mise en application d'une coopération passe par la phase précontractuelle et par

---

[954] Dans sa note sur l'arrêt *société Vivendi*, Gabriel ECKCERT fait une critique du contrôle minimum de l'erreur manifeste d'appréciation en relevant que « *s'agissant précisément de la durée de cette convention* (renouvelée pour 30 ans), *la cour considère qu'elle n'est entachée d'aucune erreur manifeste d'appréciation « eu égard aux situations alors couramment rencontrées dans ce type de contrat ». On relèvera cependant qu'une circulaire ministérielle de 1987 proposait pour l'affermage des services de l'eau et de l'assainissement une durée de douze ans* », *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2013, comm. 83.

[955] Jean-Baptiste VILA remarque que la fixité de la durée imposée par la sécurité juridique et la stabilité des relations contractuelles, est en contradiction avec l'essence même de l'amortissement. En l'occurrence, le traitement des amortissements techniques « *se caractérise par des fluctuations et des rééchelonnements de valeurs qui imposeraient à première vue une réévaluation de la durée contractuelle au cours de l'exécution du contrat* », Thèse, *préc.*, p. 36.

[956] BUREL (A.), « La résiliation, nécessaire sanction de la durée excessive des conventions de délégation de service public postérieures à la loi Sapin », *A.J.C.T.*, 2013, p. 462.

[957] SUBRA DE BIEUSSES (P.), « Durée normale d'amortissement dans les délégations de service public », *A.J.D.A.*, 2010, p. 954.

la négociation. C'est ainsi que la négociation de la durée s'est installée comme un élément à part entière dans la sélection des offres, certains auteurs n'hésitant pas à qualifier la durée contractuelle de nouvel « *intuitu personae* »[958] des délégations.

439. Cette hypothèse a connu deux évolutions. D'abord, le juge a assoupli l'exigence de fixité de la durée pour préférer une fixation des « *conditions dans lesquelles la collectivité délégante appréciera les offres au regard de la durée* »[959]. Par la suite, dans une décision *Communauté intercommunale des villes solidaires*[960], le juge du contrat va plus loin en faisant de la durée un critère de négociation des délégations de service public. En conséquence, il est « *loisible à la collectivité d'indiquer les durées potentielles de la délégation au regard desquelles s'exerce la concurrence, à condition il est vrai que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres* »[961].

440. Puis, la directive 2014/23/UE s'est affranchi de la fixité de la durée pour disposer que « *la durée maximale de la concession devrait être indiquée dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un des critères d'attribution du contrat.* »[962]. La place que prend la durée dans le choix du soumissionnaire laisse une occasion aux autorités publiques de choisir l'offre la plus performante possible. Toutefois, il convient d'y apporter deux remarques. La première, c'est que la collectivité ne doit pas faire du contrat de concession un contrat de définition de ses besoins. Ainsi, il lui revient d'être suffisamment certaine du dimensionnement et de la nature des prestations qu'elle envisage de confier, pour ne pas s'en

---

[958] LINDITCH (F.), « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *préc.*

[959] *Ibid*.

[960] C.E., 15 déc. 2008, req. n°312350, *préc.*

[961] C.E., 4 févr. 2009, req. n°312411, *Communauté urbaine d'Arras*, JurisData : 2009-074881.

[962] Directive 2014/23/UE, considérant 52.

écarter au fur et à mesure des négociations[963]. La durée est proportionnée aux besoins de service public fixés[964].

441. La seconde participe à l'effort de prospection[965]des personnes publiques préalablement à la conclusion du contrat. Il leur revient d'avoir suffisamment d'éléments techniques et financiers pour pouvoir juger de la fiabilité des données prévisionnelles qui leurs sont adressées par les soumissionnaires. Sur ce point, le juge n'hésite pas à sanctionner l'attribution des contrats pour le défaut de « *loyauté précontractuelle* »[966] issu de comptes prévisionnels faussés[967]. Par ce moyen, la durée contractuelle pourra être un réel élément de négociation, en totale adéquation entre les objectifs du concédant et ceux du concessionnaire. À défaut, le risque de voir les prévisions s'éloigner de la réalité aura pour conséquence soit de contraindre la modification du contrat, soit d'en imposer la résiliation.

B. Inadéquation des données prévisionnelles et limitation du droit à l'avenant

442. Par nature, les données prévisionnelles de la concession sont des données incertaines dont l'objet est de donner une grille de lecture dans le temps, par anticipation, des potentialités positives et négatives de l'exploitation. Cette incertitude des données est conséquente dans les concessions de service public où la durée d'exploitation dépasse généralement plusieurs dizaines d'années. La fiabilité dégressive des prévisions impose ici aux parties d'anticiper *ab initio* les évolutions de l'exploitation. Pour ce faire, elles s'appuient sur le mécanisme de l'avenant qui a été sensiblement révisé par la directive 2014/23/UE (1). Toutefois, la compensation entre réalité et prévision ne peut être systématique. La non

---

963 « *Il n'était donc pas rare de voir un candidat à une délégation de service public choisi à raison d'« un projet architectural plus épuré » ou d'« investissements plus significatifs » (par rapport à ses concurrents) ou encore de « missions de service public mieux réalisées ». On pourrait trouver d'autres fondements tout aussi vagues dans les délibérations d'autorités délégantes. Mais ces justifications suffisent à comprendre la marge de liberté dont elles disposent, ou plutôt disposaient car la directive concessions changent à n'en douter les choses en la matière* », VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°29, 20 Juillet 2015, p. 2232.

964 On retrouve cette proportionnalité entre la durée et le service public dans la détermination de la durée « normale » d'amortissement des investissements réalisés.

965 L'attitude prospective « *peut-être caractérisée par trois traits fondamentaux : elle est orientée vers l'avenir, elle exige de repenser les fins de l'action, impliquant par là même une vision synthétique qui appréhende l'incertitude et le risque ».* PREVOST (R.), « La prospective économique », *Rev. éco.*, volume 16, n°2, 1965, p. 312-326.

966 À ce sujet, VILA (J.-B.), « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté « précontractuelle » en délégations de services publics », *J.C.P.A.*, n°29, 20 Juillet 2015, 2232.

967 C.A.A. Lyon, 12 juin 2014, req. n°13LY01340, *Société Semerap*, *C.S.P.-D.S.P*, n°16, Octobre 2014, p. 10.

adéquation des données n'ouvre pas, dans toutes les hypothèses, un droit à avenant et peut conduire à la résiliation de la convention lorque la durée est *de facto* excessive (2).

1. Le droit à l'avenant : la place de l'anticipation contractuelle

443. La mutation des clauses du contrat de concession est aussi inévitable que courante dans les contrats de longue durée. Si le droit à modification relève très largement de la liberté, du consensualisme, ou de la volonté de « l'institution »[968], ce droit à modification n'est toutefois pas illimité en quotité. En l'occurrence, la jurisprudence européenne s'est toujours attaché à vérifier que les modifications contractuelles n'aient pas pour effet de contrevenir aux exigences du droit de la concurrence. Dans ses conclusions sur l'affaire *Pressetext*, l'avocat général J. KOKOTT précise qu'« *en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée ou les contrats de longue durée, il peut devenir, au cours de leur exécution, nécessaire d'adapter le contenu du contrat lorsque les stipulations contractuelles s'avèrent ne plus être appropriées – par exemple du fait d'un changement non prévu des circonstances extérieures. Une adaptation du contenu du contrat aux circonstances modifiées peut contribuer à une meilleure mise en œuvre de l'objectif du contrat* ». Toutefois, bien que de telles modifications puissent « *contribuer à une meilleure mise en œuvre de l'objectif du contrat* »[969], celles-ci ne sauraient être substantielles. En d'autres termes, la modification envisagée par les parties ne doit pas introduire « *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* »[970]. Le contenu essentiel de la convention doit ainsi être préservé.

444. Si l'analyse préalable permet de prévenir le caractère substantiel des modifications contractuelles, il est un outil établi à l'article 36 du décret du 1er février 2016 qui élargit sensiblement le champ de la prévisibilité par les parties. Son alinéa 1er dispose que « *lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans*

---

968 SÉGUR (P.), « Le contrat, le temps et l'institution : essai sur la mutabilité des contrats de concession de service public », Ann. Fac. Droit, 1994, p. 69-123.

969 Concl. KOKOTT (J.) sous C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, 13 mars 2008, § 43 et 44.

970 C.J.U.E., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG*, point 39.

équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ».

445. En pratique, ce moyen renforce la liberté contractuelle. Les parties ne sont plus limitées, ni en volume ni en montant, pour les modifications qu'elles auraient prévues *ab initio*. La contrepartie de cette liberté est la sanction de l'imprévision et la responsabilité des parties dans la détection prospective des données « prévisibles ». En effet, les parties se voient largement contraintes lorsqu'elles n'ont pas prévu, de manière suffisamment exhaustive, les cas de modification sur la durée d'exécution. On pourrait ainsi parler d'une obligation de prévisibilité de la mutabilité au détriment d'une spontanéité des avenants en cas d'évolution des conditions d'exécution.

446. En définitive, si le droit positif n'exclut pas que soit modifiée une convention pour des sujétions techniques, financières tout à fait imprévisibles, il est permis de douter de l'applicabilité concrète des autres hypothèses de modification contractuelle[971].

447. Par ailleurs, l'émergence d'une telle « obligation » de prévisibilité contractuelle doit tendre vers la rationalisation de la durée des contrats. En cela, il n'est pas envisageable de voir maintenus des contrats qui perdurent au-delà de l'équilibre économique défini *ex ante*. Ainsi, lorsque la durée contractuelle s'avère être supérieure à ce qui aurait dû suffire pour arriver à l'équilibre économique et à la rémunération raisonnable du concessionnaire, cela révèle nécessairement une inadéquation irréversible entre la durée d'exploitation et les données prévisionnelles. La rectification d'une telle inadéquation passe inévitablement par la résiliation contractuelle.

2. La résiliation des contrats à durée excessive : inadéquation irréversible entre la durée fixée et les données prévisionnelles

448. La relation entre le temps, l'économie et le droit des concessions, s'est matérialisée par l'avènement de la « *durée normale d'amortissement* »[972], soit la durée par laquelle il est

---

[971] « Ce *faisant, il nous semble que les directives mettent à mal deux théories qui font la spécificité du contrat administratif : la mutabilité et l'imprévision. L'avenir de la modification du contrat administratif semble en effet résider dans sa contractualisation : seules les clauses de réexamen garantissent l'adaptabilité du contrat* », HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publ*., n°6, Juin 2014, étude 6.

possible de recouvrer les investissements demandés et de dégager une rémunération du cocontractant qui est chargé de réaliser le service public. Pour ce faire, les parties devaient, pour fixer la durée, prendre en compte l'environnement économique du contrat ; la durée normale d'amortissement ne se résumait pas à tenir compte de la seule durée d'amortissement comptable des investissements[973].

449. La formulation désormais employée pour fixer la durée ne diffère en rien de cet objectif de lier par le temps l'amortissement des biens et la rémunération du concessionnaire, mais repose sur une même problématique qu'est le prévisionnel de départ. Comme le souligne J.-B. VILA, « *le calcul intial fondé sur l'amortissement prévisionnel du patrimoine n'est juridiquement valide que si la valeur totale à amortir ne varie pas jusqu'au terme du contrat* »[974].

450. En ce sens, il est dangereux de se satisfaire de données prévisionnelles qui, par définition, ne sauraient être l'équivalence définitive entre la valeur initiale et la valeur réelle. Une des applications de cette variation entre les données prévisionnelles et les données réelles est le mécanisme de réévaluation des actifs amortis pour définir sur le plan comptable et fiscal la dépréciation des actifs. Or, si la réévaluation des actifs est soumise au principe de transparence par la voie du rapport annuel du concessionnaire, le « *décalage* »[975] constaté entre la réévaluation des biens et l'évaluation initiale apparaît difficilement invocable pour engager une modification contractuelle[976].

451. Par ailleurs, la diversification dans l'utilisation des biens et leur valorisation par le concessionnaire sont d'autant des phénomènes accélérateurs de l'amortissement économique des biens s'ils ne sont pas prévus originellement. En l'occurrence, la durée nécessaire pour

---

[972] Ex-art., L.1411-2 C.G.C.T.

[973] C.E., 11 août 2009, req. n° 303517, *Société Maison Comba, Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 364, note ECKERT (G.) ; *D.A.*, 2009, comm. 147, note IDOUX (P.), CAFARELLI (F.) ; *J.C.P.A.*, 2009, 2261, note Vila (J.-B.).

[974] VILA (J.-B.), *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, p. 43.

[975] *Ibid.*, p. 225.

[976] La modification de la durée, élément essentiel de la convention, serait de toute évidence considérée comme substantielle au regard des dispositions du décret du 1er février 2016 et de la directive 2014/23/UE.

amortir les biens et rémunérer le concessionnaire ne peut être équivalente entre un moment n_0 où la durée prend en compte la seule prestation du service public et le moment n_x où le concessionnaire réalise en sus des prestations complémentaires avec les biens du service public. À ce dernier stade, l'effort d'investissement est déjà réalisé et le coût d'utilisation des biens engendrés par les prestations complémentaires est, non pas lié à l'amortissement des biens, mais à la fréquence en besoin d'entretien et maintenance des biens[977]. *A contrario*, les recettes accessoires sont de loin plus rémunératrices que les recettes principales, ce qui laisse un différentiel coût supplémentaire/recette supplémentaire, largement bénéfique pour le concessionnaire. Or, leur prise en compte lors de leur octroi au concessionnaire est aléatoire voire incertaine[978].

452. Force est de constater que le décalage[979] entre les données prévisionnelles et la réalité de l'exploitation ne peut se résoudre que par la résiliation du contrat[980]. Une réflexion pourrait se porter sur le degré de décalage nécessaire pour justifier la résiliation conventionnelle par la personne publique. Par analogie avec l'article 36 du décret du 1er février 2016, ce décalage résiliatoire pourrait trouver son fondement dans la constatation *de facto* d'une modification substantielle des conditions d'exploitation. L'alinéa 5 b) dudit article dispose à cet effet qu'est une modification substantielle celle qui « *modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial* ». En outre, le caractère substantiel d'une telle modification est évalué ici concrètement. Est substantiel le décalage entre prévisionnel et réalité qui crée un avantage au concessionnaire qui dépasse soit le seuil des procédures de passation, soit un seuil de « *10 % du montant du contrat de concession initial* ».

---

977 Si ceux-ci ne sont pas « noyés » comptablement dans les coûts directs du service public. Cette présentation comptable est ainsi susceptible d'entrainer à tort, l'augmentation des tarifs du service public.

978 VALETTE (B.), *préc.*

979 La question du décalage n'est toutefois pas simple. Par l'interconnection des éléments de l'équilibre économique de la convention, le décalage peut être protéiforme. Ainsi, ce décalage peut se constituer par l'amortissement comptable réalisé plusieurs années en amont de la date prévisionnelle, la non utilisation des dotations pour renouvellement, l'augmentation constante des tarifs sans cohérence avec la réalité de la fréquentation, etc.

980 La résolution est, *a contrario*, impossible à envisager juridiquement. D'abord, le rétablissement de l'économie avant contrat est impossible à réaliser. Puis, les données prévisionnelles n'ont pas valeur à conditionner l'exploitation. Elles sont des données qui doivent être fiables et sincères, ce qui exclut l'exactitude et l'obligation.

453. L'hypothèse du décalage dans l'équilibre économique n'est pas rare. La Cour des comptes dans un avis de décembre 2003[981] a pu soulever cette problématique dans le secteur de l'eau et de l'assainissement. Par ce rapport, la Cour a mis en exergue que, pour un échantillon non négligeable de délégations conclues avant la loi de 1995, le rapport entre charges d'amortissement, charges de renouvellement et durée d'exploitation était largement surestimé. L'équilibre économique initial était caduc et laissait place à une très forte rentabilité et à un taux de marge excessif et non maitrisé. De même, dans quatre avis de la Chambre régionale des comptes de Provence-Alpes-Côte d'azur, le juge financier a pu relever que l'autorité concédante a pu recourir au principe d'une délégation de service public, « *sans procéder à aucun débat sur la durée du futur contrat, qui en conditionnait pourtant aussi bien la régularité que l'équilibre économique.* »[982]. Ainsi, quoique plus ou moins restrictives[983] selon les secteurs d'exploitation, il est à remarquer que les considérations économiques[984] dans la fixation de la durée sont souvent absentes. Néanmoins, cela est une erreur fondamentale dans l'évaluation de l'équilibre économique ; l'absence de considération des effets du temps sur la valeur de la concession ou sur la rentabilité de celle-ci est vectrice de déséquilibre économique. Un tel déséquilibre économique est pourtant évitable, rationalisable et source d'économie pour les budgets publics. Ainsi, la sollicitation financière des personnes publiques devrait se limiter aux seuls déséquilibres économiques issus des données incertaines pour les parties, et particulièrement incertaines pour le partenaire public.

Paragraphe 2 - L'aléa imprévisible et le déséquilibre économique

454. Le concessionnaire ne peut supporter tous les aléas de l'exploitation du service public. Certains de ces aléas dépassent le cadre de l'exploitation et demeurent en tout ou partie à la charge du concédant. Il s'agit des évènements extérieurs à l'action du concessionnaire qui

---

[981] COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement, Rapport au Président de la république suivi des réponses des administrations et organismes intéressés*, Décembre 2003, 186 p.

[982] Avis du 13 février 2014, contrôle n°2013-0129 et Rapport n°2014-0010.

[983] L. n°95-101 du 2 février 1995, *J.O.R.F.* n°29, du 3 fév. 1995, p. 1840 ; C.E., Ass., 8 avr. 2009, req. n°271737, 271782, *Compagnie générale des eaux c. Commune d'Olivet*, *préc.*

[984] « (…) *il appartient au juge saisi d'un litige relatif à une convention de délégation de service public conclue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, de s'assurer que ce contrat n'a pas cessé de pouvoir être régulièrement exécuté en raison d'une durée d'exécution excédant, à compter de l'entrée en vigueur de la loi, la durée désormais légalement limitée* », C.E., Ass., 3 avr. 2009, *préc.*

occasionnent des changements ou aléas qui ne pouvaient être prévus légitimement lors de la signature du contrat. En réalité, on retrouve ici l'application de la théorie de l'imprévision[985] et celle du « fait du prince ».

455. Dans le cas de l'imprévision, il est présumé que ni le cocontractant ni le concédant ne pouvaient anticiper, par de quelconques stipulations, l'occurrence de l'événement générant temporairement « un bouleversement de l'économie » du contrat. En effet, l'imprévision n'est pas synonyme d'imprévoyance. Si l'aléa induit est imputable à un défaut de diligence du concessionnaire dans les prévisions de l'exploitation, il est seul responsable de l'occurrence du risque. *A contrario*, l'aléa généré par une imprévision ne relève pas de la même catégorie. Il est exogène et donc non constitutif d'une faute contractuelle. Mais, de ce fait, le concessionnaire ne peut bénéficier que d'une indemnisation extracontractuelle qui compense que partiellement les conséquences financières (A).

456. Dans le cas du fait du prince, l'aléa ne peut être transféré au concessionnaire puisque la perturbation économique du contrat est la conséquence d'une décision extracontractuelle de l'autorité délégante, au titre de ses fonctions d'autorité publique. L'indemnisation à laquelle peut prétendre le concessionnaire doit inclure tous les préjudices subis et éventuellement la prise en compte du manque à gagner (B).

A. L'aléa induit par des évènements extracontractuels

457. En matière d'éléments imprévisibles pour le cocontractant de la personne publique, deux hypothèses sont caractéristiques des contrats administratifs. La première relève de la théorie de l'imprévision, soit l'événement qui est par nature imprévisible et extérieur aux parties. Ces dernières n'ont alors aucune maitrise ni matérielle, ni temporelle, sur les évènements (1). En parallèle, certains évènements représentent une imprévision pour le cocontractant mais garde un lien avec l'Administration. Ainsi, certains évènements sont constitutifs de nouveaux risques pour le cocontractant au titre d'un fait du prince ou, plus généralement, pour des décisions administratives extracontractuelles[986] (2).

---

[985] C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Leb*. p.125, concl. CHARDENET (P.), *GAJA*, p. 179.

[986] Les auteurs du *Traité de droit administratif* parlent ainsi d'aléa économique pour l'application de la théorie de l'imprévision, et d'aléa administratif, pour les évènements « *en un sens large* » de fait du prince ; DE LAUBADERE (A.),

1. L'aléa économique et partage des conséquences financières entre les parties

458. L'imprévision est particulière dans les contrats de concession en tant que contrat de longue durée. L'effet du temps est ici plein et entier ; il accroit la probabilité d'occurrence d'évènements qui, en s'éloignant dans le temps de l'exploitation, sont de plus en plus probables mais de moins en moins prévisibles. Or, les contrats de concession de service public se distinguent d'autres contrats de longue durée, notamment des contrats en droit privé, en ce qu'ils ont pour objet l'exécution du service public ou, plus précisément pour objet de maintenir l'exécution du service public. En effet, si l'imprévision n'est pas étrangère aux contrats à exécution successive[987], celle-ci s'organise de deux manières. Soit le déséquilibre économique est accepté par l'une des parties qui en prend intégralement la charge ; soit les parties conviennent d'une révision pour imprévision, l'absence d'accord permettant à l'une ou l'autre des parties d'en demander la résiliation unilatérale[988]. Par ailleurs, le déséquilibre entre les obligations, né de l'imprévision peut justifier que l'une des parties oppose une exception à l'exécution de son obligation si sa contrepartie n'est pas réalisable.

459. Ces moyens tirés du droit des obligations ne sont pas applicables aux contrats administratifs. D'abord, le droit à résiliation unilatérale est réservé à la seule personne publique lorsqu'elle invoque un motif d'intérêt général. Il s'agit là d'un pouvoir exorbitant qui ne saurait être invocable par un tiers cocontractant qui ne peut que demander une indemnisation du préjudice subi et du manque à gagner[989]. Puis, l'exception d'inexécution[990] n'est pas un moyen invocable par le cocontractant. Le service public impose ici une continuité d'exécution, y compris lorsque cette demande fait suite au bouleversement de l'économie du

---

VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, *L'organisation administrative, la juridiction administrative, les actes et l'objet de l'action administrative, la responsabilité de l'administratio*, 14ème éd., L.G.D.J., p. 778.

[987] Lesquels sont souvent rapprochés des délégations de service public ou des concessions de service public, soit par les contrats aléatoires, soit par les contrats commutatifs, v. PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, p. 554 et s.

[988] ETIENNEY (A.), *préc.*, p. 92.

[989] C.E., 10 nov. 1927, *Sieur Guinard*, *Leb.*, p. 949 ; C.E., Ass., 2 mai 1958, req. n°s32401, 32402, 32507, 34562, *Société Distillerie de Magnac-Laval*, *Leb.*, p. 246 ; *D.*, 1958, p. 730, note DE LAUBADÈRE (A.).

[990] Pour une étude élargie sur la question, v. BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Dalloz, 2011,p. 240 et s.

contrat dont les conditions tardaient à être révisées[991]. L'absence d'exécution du contrat par le concessionnaire justifie que le concédant assure « *le service lui-même aux frais et risques du concessionnaire* »[992].

460. Pour les hypothèses de bouleversement de l'économie contractuelle par la survenance d'évènements imprévisibles et extérieurs aux parties, la jurisprudence administrative a dégagé un schéma issu de la théorie de l'imprévision[993] et des sujétions techniques imprévues[994]. Qu'il s'agisse ainsi d'une augmentation des prix ou de la consommation de matière première[995], de catastrophes naturelles, de politiques publiques, ou d'une impossibilité matérielle due à des imprévisions techniques[996], ces situations ont en commun leur caractère extraordinaire. Ils sont « *l'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat* »[997]. En outre, en faisant référence au bouleversement de l'économie générale, le juge a entendu limiter l'invocabilité de l'imprévision aux risques traductibles par la mise en péril de l'exploitation. En d'autres termes, un cocontractant ne saurait invoquer la théorie de l'imprévision lorsque seul son niveau de rentabilité ou le volume de son profit sont atteints[998]. De même, il est toujours présumé dans le contrat qu'il puisse être prévu un degré de révisabilité des tarifs, et un plafond au-delà duquel, il n'est plus possible de réviser les tarifs sans basculer dans la théorie de l'imprévision[999]. En fait, la théorie de l'imprévision est le moyen ultime de règlement de l'économie du contrat en permettant à l'une et l'autre des parties de continuer leur collaboration. En effet, le droit financier accordé au cocontractant

---

[991] C.E., 5 nov. 1982, req. n°19413, *Société Propetrol*, *A.J.D.A.*, 1983, p. 259, concl. LABETOULLE (D.) ; *J.C.P.*, 1984, II, 20168, note PAILLET (A.). V. aussi, C.E., 8 oct. 2014, req. n°370644, *Société Grenke Location*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1975 ; *R.F.D.A.*, 2015, p. 47, note PROS-PHALIPPON (C.) ; *D.*, 2015, p. 145, note PUGEAULT (S.) ; *A.J.C.T.*, 2015, p. 38, obs. DIDRICHE (O.) ; *A.J.C.A.*, 2014, p. 327, obs. DREYFUS (J.-D.)

[992] Concl. CHARDENET (P.), C.E., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *préc.*

[993] C.E., 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *préc.*

[994] Cette exception est invoquée en matière de travaux publics. C.E., 30 juill. 2003, req. n°223445, *Commune de Lens*, *Tables* ; *A.J.D.A.*, 2003, n° 323 ; 29 septembre, *Actualité jurisprudentielle*, p. 1727.

[995] C.A.A Bordeaux, 16 févr. 2017, req. n° 14BX00416, *Société ETPO et société Compagnie martiniquaise de bâtiment (COMABAT) c. CHU de Martinique*, *inédit.*

[996] C.E., 13 oct. 1978, req. n°95863, 00903, 00998, *Département de la Vendée c. Sociétés Dumez et Sacer*, *Leb.*, tables.

[997] Il s'agit donc d'un aléa imprévisible. Concl. CORNEILLE, C.E., 3 déc. 1920, *Fromassol*, *R.D.P.*, 1921, 81.

[998] C.E., 15 juin 1928, *Commune de la Courtine*, *Leb.*, p. 757.

[999] V. sur ces questions, DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *préc.*, p. 784. D'ailleurs, un rapprochement devrait être fait avec le plafond au-delà duquel, les conditions et le degré de révisabilité constitueraient une couverture de risque d'exploitation.

lorsque l'imprévision est caractérisée, ne signifie pas pour ce dernier un droit à recouvrer l'intégralité des avantages économiques que la concession est censée lui offrir. L'indemnité d'imprévision n'est ici que la seule compensation financière qui donne les moyens au concessionnaire de continuer l'exploitation[1000]. Le déficit occasionné par l'imprévision, qui ne repose sur aucune faute contractuelle, demeure alors toujours partagé entre les parties. Le cocontractant conserve une part du risque financier de l'imprévision. Cette part est estimée à au moins 10 % des charges financières induites par l'aléa[1001]. Il n'en va pas, par contre, ainsi en matière de sujétions imprévues ; le supplément matériel constaté est intégralement compensé par la personne publique[1002].

461. En pratique, l'appel au juge pour fixer l'accord indemnitaire d'imprévision n'est pas systématique. Les parties peuvent prendre soin de se réunir et de convenir d'une juste indemnisation de l'aléa. Dans ce cas, une attention particulière doit être portée à l'économie des avenants. D'abord, le décret du 1er février 2016 fixe un plafond explicite à partir duquel un contrat doit être échu pour faire place à une nouvelle procédure de mise en concurrence[1003]. Ensuite, parce que la tentation serait forte pour le cocontractant de faire supporter, lors de la négociation, l'intégralité du risque financier de l'imprévision. La personne publique n'est tenue de compenser intégralement le préjudice de son cocontractant que lorsque le risque supplémentaire induit n'est pas non dénué de lien avec les décisions qui lui sont imputables[1004].

[1000] L'indemnisation ne peut porter que sur une période restreinte. Si la période d'imprévision perdure dans le temps, jusqu'à devenir irréversible, l'imprévision devient un cas de force majeur, C.E., Ass., 9 déc. 1932, req. n°89655, 01000, 01001, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *Leb.*, p. 1050, concl. JOSSE (P.-L.). Dans ce cas de figure, puisque selon l'adage *à l'impossible nul n'est tenu,* l'issue est nécessairement la résiliation contractuelle. Le système indemnitaire se rapporte aux seuls remboursements de la valeur non encore amortie des biens de retour, v. *infra.*

[1001] Circulaire du Premier ministre et du ministre de l'économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, *J.O.R.F.*, 30 nov. 1974, n°2007.

[1002] C.E., 4 févr. 2013, req. n°357016, *Voies navigables de France*,

[1003] V. *Supra.*

[1004] « *Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en oeuvre, en particulier dans le cas où*

2. L'aléa administratif et difficultés à transférer systématiquement la totalité des conséquences financières vers l'autorité publique

462. Contrairement à l'imprévision aléa économique, l'imprévision aléa administratif n'échappe pas totalement au cocontractant personne publique. Plusieurs niveaux d'aléas administratifs peuvent être illustrés, chacun de ces niveaux voit s'appliquer un régime différent pour la prise en charge des incidences financières du risque subit par le cocontractant de la personne publique.

463. L'aléa administratif est lié au « risque normatif ». La loi étant muable, elle est susceptible sur une longue période, d'influer positivement ou négativement sur l'exploitation. Ainsi, il est tout à fait imprévisible d'anticiper les politiques publiques et législations qui seront applicables à moyen et long terme. En premier lieu, si l'autorité normatrice est le concédant, le concessionnaire peut demander à ce que l'intégralité de l'impact financier soit supportée par une indemnisation sur le fondement de la théorie du « *fait du prince* ». La nouvelle norme doit aggraver la situation de l'exploitation de manière à bouleverser son économie. Par des arrêts anciens[1005], le Conseil d'État a toujours considéré que le concessionnaire est fondé à demander « *une indemnité égale au montant* »[1006] des coûts supplémentaires engendrés par la nouvelle norme.

464. En second lieu, lorsque l'autorité normatrice n'est pas le concédant, il revient au cocontractant qui se sent lésé, d'invoquer la responsabilité sans faute du fait des lois. Qu'elle soit requise sur le fondement d'une rupture d'égalité devant les charges publiques[1007], ou pour

---

plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics », C.A.A Bordeaux, 16 févr. 2017, req. n° 14BX00416, *préc.*

[1005] C.E., 9 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, *R.D.P.*, 1928.328.

[1006] C.E., 29 déc. 1905, *Bardy*, *Leb.*, 1905, concl. ROMIEU (J.), *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, *préc.*, p. 271 et s.

[1007] C.E., Ass., 14 janv. 1938, req. n°51704, *Société Anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, *Leb.*, 25 ; *S.*, 1938.3.25, concl. ROUJOU (F.), note LAROQUE (P.) ; *D.*, 1938.3.41, concl. ROUJOU (F.), note ROLLAND (L.) ; *R.D.P.*., 1938.87, concl. ROUJOU (F.), note JEZE ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18ème éd., Dalloz, n°50, p. 312.

irrégularité avec une norme supérieure[1008], le cocontractant devra toujours prouver un préjudice anormal et spécial qui justifie son indemnisation[1009].

465. Si l'application de la théorie du *fait du prince* tant à disparaître, une récente discussion en matière de service public de la crémation a pu en faire resurgir les complexités. Un arrêté du 28 janvier 2010 relatif à la hauteur de la cheminée des crématoriums et aux quantités maximales de polluants contenus dans les gaz rejetés dans l'atmosphère[1010], impose aux délégataires de revoir les infrastructures existantes avant le 16 février 2018. La question qui se pose est celle de la prise en charge des coûts de renouvellement et de remplacements des biens nécessaires au service public. Face à une évolution normative, la théorie générale des contrats administratifs a une réponse brutale. Il n'y a pas d'indemnisation pour les situations règlementaires édictées par une autre personne que celle contractante. Or, en pratique, la réponse du concessionnaire peut être inversement cinglante, ce qui place les parties dans un *statu quo* insoluble.

466. D'ailleurs, tous les délégataires ont invoqué un accroissement de leurs charges du fait de la nouvelle réglementation[1011] ; or tous n'étaient pas en mesure de pouvoir la « négocier ». En effet, le transfert de la charge financière de l'évolution normative doit aussi être rapproché des efforts d'investissements et de renouvellements obligatoires du concessionnaire. Ainsi, la compensation des charges du délégataire, par une aide publique ou par modification du contrat, doit être précédée de l'analyse des comptes d'exploitation. Par exemple, il semblerait judicieux d'utiliser les dotations pour renouvellement lorsque celles-ci n'ont pas été utilisées

---

[1008] C.E., 8 févr. 2007, req. n°279522, *Gardedieu*, *Leb.*, 2007 ; *A.J.D.A*, 2007, p. 585, chron. LENICA (F.), BOUCHER (J.), 1097, trib. CASSIA (P.) ; *D.*, 2007, p. 659 et 1214, chron. CLAMOUR (G.) ; *R.F.D.A.*, 2007, p. 361, concl. DEREPAS (L.), p. 525, note POUYAUD (D.), p. 789, note CANEDO-PARIS (M.).

[1009] Le risque normatif est toutefois, dans la plupart des partenariats public-privé, à la charge du partenaire public. Ce point, dans les contrats de concession de service public peut être discuté. Il peut être avantageux pour le partenaire public, afin de diminuer le coût des prestations, prendre dès la conclusion à sa charge le risque normatif. Autrement, le concédant peut tout à fait refuser de supporter le risque normatif et opposer au concessionnaire son rôle de maitre d'ouvrage et de gestionnaire « sachant », v. à ce sujet, RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 99.

[1010] *J.O.R.F.*, n°0039 du 16 février 2010 page 2883, texte n° 22.

[1011] Dont le contenu a été négocié avec les acteurs du secteur de la crémation avant que l'arrêt soit promulgué, v. Rép. Q. n°55419, *J.O.R.F.*, p. 6926.

ou qu'aucun renouvellement n'a été effectué malgré les obligations contractuelles[1012]. De même, le suivi des amortissements des biens doit montrer si le besoin de financement est réel ou non. En l'occurrence, lorsque l'amortissement des biens est achevé avant la date du prévisionnel la personne publique doit s'interroger sur la rentabilité du service et vérifier si celle-ci correspond au compte prévisionnel ou si elle l'excède. Dans ce dernier cas, sa position est renforcée pour négocier sans indemnisation, les travaux rendus nécessaires par le changement de norme[1013].

467. Le *fait du prince* est souvent rapproché d'autres évènements susceptibles d'accroitre les risques financiers sur l'exploitation[1014]. En particulier, il s'agit des modifications unilatérales décidées par la personne publique et qui doivent, en règle générale, voir leurs coûts supportés par la seule personne publique.

B. L'aléa induit par les modifications unilatérales de la personne publique

468. Il est une règle générale qui est que lorsque la personne publique décide de modifier unilatéralement, pour une raison d'intérêt général, les conditions de l'exploitation, le risque supplémentaire caractérisé par le surcoût financier de l'opération, lui est totalement imputable[1015]. Il s'agit là de la sujétion particulière la plus fréquente dans les contrats administratifs. Elle est particulièrement employée dans les contrats de concession. La longue durée d'exploitation qui les caractérise impose à ce que soient pris en compte les évolutions techniques et matérielles, ainsi que l'évolution des besoins des usagers. Ainsi, le principe de mutabilité attaché au service public est opposable au concessionnaire qui ne peut négocier la

---

[1012] Car, ces dotations sont des quote-parts prélevées sur les redevances perçues sur les usagers. Or, qu'elles soient conservées par le concessionnaire (enrichissement sans cause) ou reversées à la collectivité (caractéristique d'une taxe), les dotations pour renouvellement seraient une somme versée sans contrepartie.

[1013] Plusieurs options ont été retenues par les collectivités dans ce cas de figure précis. Par exemple, la commune d'Aix-en-Provence et la Métropole de Lyon ont opté pour une prolongation de la durée contractuelle. La commune d'Aubagne a quant à elle, retenue une augmentation tarifaire progressive et différée. Enfin, ce n'est pas sans exclure des mécanismes combinés incluant éventuellement une subvention.

[1014] Dans l'exemple précédant, c'est d'ailleurs sur le principe d'une modification contractuelle par la personne publique concédante qui a été invoquée, afin de demander le paiement par la personne publique, la hausse des tarifs, ou la prolongation des conventions. Or, strictement, l'arrêté ministériel n'est pas de la compétence normative des collectivités territoriales, seules concédantes du service public de la crémation ; ce qui ne peut fonder de demandes ni par la voie de la théorie du fait du prince, ni par la voie de l'ex-article L.1411-2 C.G.C.T.

[1015] C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *préc.*

fixité de ses prestations. D'aucuns ont qualifié ce pouvoir de modification de la personne publique comme une « *condition d'exécution* »[1016] *sine qua none* des contrats publics. De la sorte, la modification unilatérale ou la résiliation pour intérêt général, sont des évènements imprévisibles pour le cocontractant. L'aléa administratif est pour lui *exogène* ; il est donc fondé à en transférer le risque vers la personne publique[1017].

469. La loi *Sapin* organisait un système compensatoire particulier des modifications unilatérales pour les délégations de service public par la prolongation de la durée d'exploitation. L'ancien article 40 de la loi, codifié à l'ancien article L.1411-2 C.G.C.T., prévoyait expressément deux situations. La première permettait une possibilité de prolonger les délégations de service public « *pour des motifs d'intérêt général* » pour une seule année. L'extrême volatilité des *motifs d'intérêt général* mêlée aux us de la pratique, ont abouti concrètement à ce que par motif d'intérêt général, il soit compris « *besoin de temps supplémentaire pour organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence* ». De la sorte, l'intérêt général a été compris comme la nécessité de *continuité de service public* entre deux procédures, sans qu'il y ait besoin de qualifier une quelconque contrepartie supplémentaire du délégataire[1018].

470. La seconde situation, elle, correspond mieux à l'hypothèse de la modification unilatérale aux fins d'amélioration du service public. Pouvait-être prolongée toute délégation de service public lorsque le délégataire était « *contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive*. ». Une telle demande de la personne publique se justifiait par la bonne exécution du service public ; l'extension du champ géographique de la délégation ; ou pour la mise à niveau de l'exploitation vers de plus grandes exigences en termes environnementales. Ici, et contrairement à la mutabilité qui présente une réelle imprévision pour le cocontractant, les

---

[1016] PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, p. 42 et s.

[1017] T.A. Nice, 9 nov. 2007, req. n° 0305563, *S.A. du Parking de la Promenade du Papillon c. Ville de Nice*, *A.J.D.A.*, 2008.758. La personne publique qui a modifié unilatéralement le contrat ne peut refuser l'indemnisation du délégataire.

[1018] T.A. Montpellier, 4 juin 1997, *Clavijo c. Commune de Béziers*, JurisData : 1997-036043 ; C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, JurisData : 2005-068469 ; C.A.A. Marseille, 9 avril 2009, req. n°07MA02807, *Commune d'Orange*, Tables ; JurisData : 2009-005048.

dispositions ici décrites proposaient une imprévision contractuelle. En ce sens, il ne s'agit pas de modifications qui n'aient pû être prévues *ab initio*, mais que les parties aient pu écarter pour des raisons d'opportunité à cet époque.

471. En tout état de cause, la compensation de la modification unilatérale pour intérêt général laissait sous-entendre une certaine *neutralité* économique. S'il n'était pas possible d'augmenter raisonnablement les tarifs sur les usagers, la personne publique avait le loisir d'ajuster au besoin de financement du délégataire, une durée supplémentaire d'exploitation. Or, une telle compensation, si elle n'est pas pécuniaire au sens strict, n'est pas sans question sur l'équilibre économique de la convention. D'abord, la prolongation ne pouvait intervenir que lorsque l'économie générale était bouleversée. Or, ce bouleversement de l'économie générale n'était pas sans s'interroger sur le caractère de modification « *substantielle* »[1019]. La lecture de la loi devait toutefois conclure à ce que la modification bouleverse l'économie du contrat sans pour autant être *substantielle* puisque l'objectif de la dérogation est d'exclure une nouvelle procédure de mise en concurrence[1020]. De plus, la prolongation de l'exploitation devait s'entendre comme la période d'amortissement supplémentaire permettant au délégataire de faire un retour sur l'investissement et de le financer[1021]. Cela supposait néanmoins que la collectivité délégante ait suffisamment d'informations sur l'amortissement effectif et réel des investissements premiers. Ainsi, pour aboutir à une durée de prolongation utile, il faut savoir au préalable si la durée initiale ne permet pas, sans augmenter les tarifs de manière excessive, d'inclure l'amortissement des nouveaux investissements.

472. La critique de ce dispositif réside dans l'élasticité de la fixation de la durée de prolongation. Cette critique est d'autant plus réelle à partir du moment où la théorie classique de la mutabilité et du pouvoir de modification unilatérale pour intérêt général conçoit une

---

[1019] C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*.

[1020] L'avis du Conseil d'État, « *on peut admettre que l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* », C.E., Sect. Travaux publics, avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *Conditions de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n°85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montage*, *A.J.D.A.*, 10 juillet 2006, études SYMCHOWICZ (N.) et PROOT (P.) ; V. aussi, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, HOEPFFNER (H.).

[1021] V. *Supra* ; C.E., 29 déc. 2004, req. n°239681, *Société S.O.C.C.R.A.M.* : Juris-Data n° 2004-067789 ; *A.J.D.A.*, 2005, p. 607 ; *Dr. adm.*, 2005, n° 35.

compensation stricte du risque supplémentaire imposé. En envisageant cette compensation sous la forme d'une prolongation de la durée d'exploitation, le législateur a laissé une opportunité immaitrisée de dépasser la seule compensation financière. À cet égard, le système de la prolongation pour compensation des modifications unilatérales tel qu'il était prévu, s'éloignait significativement de l'objectif principal qui est de maintenir l'équilibre économique de la convention.

473. Le temps produit des effets dont l'ampleur varie selon leur perception et leur degré de prévisibilité au contrat. L'équilibre économique qui en dépend est normalement construit de manière à s'adapter au contexte de l'exploitation, ce qui évite toute refonte du contrat face aux aléas d'exploitation. Cette anticipation est tout aussi vraie dans le cadre d'aléas administratifs subits par le concessionnaire. Illustration parfaite de l'incertitude immatrisée du concessionnaire, l'aléa administratif est d'évidence accepté par le cocontractant en ce qu'il est intégralement supporté par la personne publique. Néanmoins, le « transfert du risque » n'est pas sans limite. Il est de la responsabilité des personnes publiques d'évaluer le coût des modifications et de proposer une compensation adaptée à celles-ci.

474. En effet, si la durée est certainement connue comme une valeur qui influe négativement sur les aléas d'exploitation, elle est peu souvent considérée comme une valeur qui les atténue. Or, cet écueil est à bien des niveaux, responsable des déséquilibres économiques identifables dans les contrats de délégation de service public. La particularité des délégations de service public et des concessions de service public est que la durée est une valeur économique à part entière. C'est par la durée que l'équilibre économique se fixe dans le temps, mais c'est par le temps que l'équilibre économique est fixé. En outre, le prisme de l'amortissement inscrit dans l'équilibre économique les effets positifs du temps. Son rôle principal est d'offrir au concessionnaire un moyen de financer à long terme ses investissements et, en conséquence, de réduire son risque financier.

Section 2 - La durée concessive, facteur d'atténuation du risque financier

475. La décision d'investissement est très largement subordonnée à la question de la durée dans le cadre du financement de projet. Nombre d'outils d'aide à la décision et divers ratios, permettent aux opérateurs de se lancer dans un projet plutôt qu'un autre, parce que la durée pendant laquelle ils pourront récupérer leur investissement est la plus optimale et les expose à un *minimum* de risques. En outre, l'analyse de la durée comme facteur d'atténuation des

risques est opérée de deux manières. Dans un premier temps, l'opérateur va étudier le délai au terme duquel, il aura récupéré son investissement (*délai de récupération du capital investi*). En l'occurrence, plus la durée est courte, moins son investissement est risqué. Ce délai varie en fonction de la valeur actuelle nette du projet, elle-même calculée en fonction des flux de trésorerie tirés sur les annuités du projet. Puis, dans un second temps, il va comparer cette durée de récupération à la valeur actuelle nette, et la durée optimale du projet pour déterminer le niveau de rentabilité de son investissement (*T.R.I.*).

476. Pour parvenir à cette évaluation préalable dans les contrats de concession de service public, le concessionnaire doit se poser la question de la durée de vie économique des biens qu'il lui est demandé de réaliser. En outre, la valeur actuelle nette de la concession ne peut être fondée que sur la durée raisonnable escomptée par l'opérateur pour amortir les investissements nécessaires au service et réaliser un retour sur les capitaux investis[1022]. La conséquence de cette définition de la durée dans les contrats de concession est ici fondamentale. Elle fait de l'amortissement des biens un flux de recettes à part entière et intègre pleinement la valeur du droit d'exploiter (*cash flow*). Sa fonction devient alors évidente, réduire les risques financiers liés à l'investissement du concessionnaire (**§1**).

477. Mais la durée n'est pas que liée à l'amortissement des biens. Elle doit prendre en compte la rémunération du concessionnaire, soit le retour sur capital[1023]. Or, selon le risque d'exploitation que supporte effectivement le concessionnaire, la durée nécessaire pour atteindre ces deux objectifs peut être plus courte ou plus longue que celle prévue initialement. Ainsi, pour demeurer raisonnable, la durée doit être tant incitative qu'adaptative (**§2**).

[1022] D. n°2016-86, *préc.*, Art. 6.

[1023] La Commission a dèjà eu l'occasion de préciser que « *la durée de la concession constitue* (…) *un élément important de la rémunération du concessionnaire* », Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000, § 2.1.2.

Paragraphe 1 - La référence à l'amortissement pour déterminer la durée d'exploitation

478. Le contrat de concession de service public ne saurait être qualifié de *concession* par la seule présence d'une longue durée[1024]. Nombre de contrats administratifs, parmis lesquels figurent les baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation temporaire du domaine public ou autres marchés de partenariat, ont une durée aussi longue voire supérieure à celle exercée dans les concessions de service public[1025]. Toutefois, la durée est une caractéristique à part entière des concessions de service public pour plusieurs raisons. D'abord, parce que la détermination de la durée « normale » ou du temps raisonnable d'exploitation, n'est réellement une question technique que pour les contrats qui portent l'investissement du service public en sus de sa gestion. Ces contrats sont dans les faits, les seules concessions de service public et de travaux publics[1026].

479. Ensuite, parce que la durée est un équilibre recherché pour la conciliation des intérêts au contrat[1027] mise en œuvre sous le regard du droit de la concurrence[1028]. En effet, l'objectif du

---

[1024] « *Il apparaît ainsi que la durée des contrats de gestion déléguée ne saurait être déterminée a priori. Il n'existe en la matière aucune durée « standard », et les contrats qui composent la catégorie des conventions de délégation de service public ne peuvent être caractérisés par leur durée. Même si les auteurs de droit administratif s'accordent sur le fait que cette dernière est relativement longue, ni la définition jurisprudentielle, ni la définition légale de la délégation de service public ne permettent d'ériger la durée en critère d'identification des contrats de gestion déléguée* », BONNOTTE (C.), « Les conventions de service public et le temps », *R.F.D.A.*, 2005, p. 89.

[1025] Un bail emphytéotique administratif peut, comme tout bail emphytéotique, être conclu pour 99 ans.

[1026] Car, selon la liste des investissements tels que pris en compte pour la détermination de la durée (Art. 6 du décret n°2016-86), l'affermage et la régie intéressée voient leur durée que moins impactée par cette méthode de calcul. Selon la quotité d'investissements, ces contrats auront une durée qui, peu ou prou, aboutira à une durée équivalente au droit antérieur. Par contre, en l'absence d'investissements, ces contrats ne pourront dépasser 5 ans. À ce sujet, TERNEYRE (P.), « La durée des contrats », *R.F.D.A.*, 2016, p. 276.

[1027] « (…) *les parties doivent être assurées d'une certaine stabilité dans leur situation réciproque et de la continuité de l'exploitation envisagée lorsque le contrat est conclu pour une longue durée et qu'il a pour objet la réalisation d'ouvrages nécessitant des amortissements importants* », concl. GENTOT (M.), C.E., 1971, *S.I.M.A.*, *R.D.P.,* p. 239.

[1028] « *La durée de la convention est une clause fondamentale pour tous les contrats mais elle a un rôle tout particulièrement central en ce qui concerne les concessions de service public dans lesquelles la durée est une composante de l'équilibre global des droits et obligations des contractants qui justifie un certain particularisme des principes qui entourent la concession. La fixation d'une durée trop brève peut interdire le retour à l'équilibre et compromettre la survie de la concession qui est souvent subordonnée à la longue durée.* », POUYAUD (D.), « Concurrence, transparence et libre administration. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques» *R.F.D.A*, 1993, p. 902.

législateur depuis la loi *Sapin* est d'éviter que le service public soit une appropriation de concessionnaires spécialisés, ce qui revient à exclure les possibilités de gestion perpétuelle du service public par le même concessionnaire[1029]. D'ailleurs, certains secteurs parmi lesquels figure l'eau potable et l'assainissement, ont été ciblés par une restriction temporelle particulière[1030] ; ces derniers ayant été, par le passé, sensibles à une captation des gestionnaires dédiés[1031]. Ainsi, il est aujourd'hui reconnu que l'absence de remise en concurrence périodique a des effets néfastes tant sur la qualité du service public, que sur l'économie du service public[1032].

480. Pour parvenir à une telle conciliation, les législateurs français et européen ont choisi de se référer à l'amortissement. L'amortissement est un moyen qui lie le temps et les investissements, et permet de prendre en compte dans l'économie du projet, la dépréciation en valeur des acifs. Il s'agit donc expressément d'un moyen permettant de limiter le risque financier du projet. Dans les concessions de service public, l'amortissement est d'abord un moyen comptable pour diminuer le risque dans le temps (A). L'amortissement est aussi un moyen à part entière pour corréler la durée du contrat à l'équilibre financier. L'amortissement joue alors un rôle purement économique qui favorise les accords contractuels sur le long terme (B).

A. L'amortissement, outil comptable de réduction du risque d'investissement

481. La loi *Sapin* a, en se référant à l'amortissement pour fixer une « *durée normale* » d'exploitation aux concessions de service public, a mis en place un curseur simple et logique à disposition des personnes publiques. Simple, puisque l'amortissement n'est pas une donnée figée, stricte, ce qui laisse le soin aux personnes publiques de la modeler en fonction des besoins et de la réalité des investissements. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a validé l'obligation de durée des délégations de service public, l'amortissement laissant à cet effet une nécessaire « *marge d'appréciation* » aux personnes publiques dans leur

---

[1029] « *Votre commission ne peut qu'approuver le principe de l'interdiction des délégations de service public illimitées ou à durée indéterminée.* », Rapport n°61 au Sénat, 1992, BONNET (C.), p. 89.

[1030] Ord. n°2016-65, Art. 34.

[1031] COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et organismes intéressés*, Décembre 2003, 186 p.

[1032] *Ibid.*, V. aussi, VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°48, 1er Déc. 2014, p. 2336, *préc.*

contractualisation[1033]. Cela est logique puisque l'amortissement est un mécanisme comptable qui lie les actifs et leur exploitation, ce qui s'accomode particulièrement aux contrats de délégation portant constitution d'un fond patrimonial[1034] susceptible de se déprécier au fur et à mesure de son exploitation. Ainsi, l'étude de l'amortissement donne une durée contractuelle suffisante au cocontractant pour qu'il puisse constater la dépréciation totale des actifs et enclencher le processus de leur renouvellement (1). En outre, l'amortissement est la ligne directrice qui donne une grille de lecture de la valeur des biens, particulièrement des biens de retour qui doivent, en fin d'exploitation, être totalement amortis (2).

1. L'amortissement : échéancier de l'exploitation et renouvellement des biens

482. L'amortissement peut être de trois ordres. Il peut être financier, fiscal, et comptable. L'amortissement financier est la prise en compte de la politique patrimoniale de l'entreprise, soit l'indicateur et le reflet de sa gestion. L'amortissement comptable est quant à lui l'inscription dans les livres comptables de la réalité économique des actifs. Il prend alors en compte la dépréciation des éléments périssables par l'usage, en faisant correspondre une unité de dépréciation sur la valeur originelle des actifs préalablement déterminée. Enfin, l'amortissement fiscal, sans être déconnecté de l'amortissement comptable, prend en compte la réalité de la dépréciation comptable en autorisant l'imputation de la dépréciation de l'actif au titre des charges d'exploitation déductibles du bénéfice imposable.

483. Toutefois, on peut constater que l'amortissement a une fonction identique quelle que soit la matière traitée, à savoir celle d'apprécier fictivement les conséquences du temps sur la valeur d'un actif[1035]. Ainsi, l'amortissement inscrit concrètement la valeur des actifs amortissables, leur durée normale d'utilisation, et en conséquence le volume des provisions qui seront réalisées par l'entreprise pour supporter le coût de l'investissement.

484. Bien que résumé, il est loisible de comprendre l'objectif principal de l'amortissement qui est l'anticipation du temps sur les immobilisations à long terme. L'entreprise définit un

---

[1033] Nous n'en soulevons ici que l'existence, mais cette marge d'appréciation est fondamentale tant les techniques d'amortissement sont nombreuses. Ainsi, la marge d'appréciation est un moyen d'inclusion de toutes les techniques d'amortissement proposées, et un moyen de ne pas exclure des solutions comparatives entre les offres de différents soumissionnaires. V. à ce sujet, VILA (J.-B.), Thèse, *préc.*, p. 117 et s.

[1034] Sur cette question, SCHMALTZ (B.), *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016, 580 p.

[1035] SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 7ème éd., 2008, p. 146 et s.

plan de récupération de son investissement par l'exploitation de celui-ci, pour permettre la reconstruction de sa capacité d'autofinancement par des réserves effectuées en comptabilité et déduites par la fiscalité sur les recettes de l'activité.

485. La transposition de l'amortissement aux contrats administratifs s'entend donc parfaitement. La durée doit correspondre à une certaine réalité comptable qui est l'achèvement de l'amortissement des actifs de la concession. Toutefois, la particularité du mode de rémunération du concessionnaire impose que cette durée ne soit pas strictement équivalente à la durée nécesaire au seul amortissement, mais que cette durée inclut *ab initio* un délai correspondant à la rémunération du cocontractant. De la sorte, « *Montant des investissements à amortir + Bénéfice d'exploitation = Recettes tarifaires x Durée d'exploitation* »[1036].

486. Aussi, lier la durée à l'amortissement des biens de la concession, c'est permettre aux parties d'identifier les périodes au terme desquelles il devient nécessaire de renouveler les biens. Lorsqu'un bien est totalement amorti, et que son état d'usage ne saurait suffire au niveau de qualité imposé par la personne publique jusqu'à l'issue de l'exploitation, le cocontractant se voit contraint de renouveler les biens. Pour financer ce renouvellement, et sous certaines conditions[1037], le concessionnaire bénéficie de l'amortissement technique ou industriel[1038], ainsi que de provisions pour renouvellement. Dès lors, l'amortissement comptable du concessionnaire est une grille de lecture selon laquelle il est possible de contrôler le décaissement des fonds provisionnés pour l'amortissement et les dotations pour renouvellement.

487. Pourtant, plusieurs auteurs relèvent une certaine incomplétude de la transposition de l'amortissement dans le droit des contrats administratifs[1039]. En l'occurrence, plusieurs critiques semblent justifiées. La première, c'est que la « *durée normale d'amortissement* » ou nouvellement « *le temps raisonnablement escompté* » pour amortir les investissements et

---

[1036] LINDITCH (F.), *Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif* », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100.

[1037] V. *Supra*, Titre I, Chapitre 1, paragraphe 2, B, 2.

[1038] L'amortissement technique ou industriel est toutefois un moyen de reconstruire la capacité d'autofinancement de l'entreprise au regard du premier investissement. Elle n'est pas le financement *stricto sensu* du coût de remplacement de l'investissement, sauf à l'avoir évalué dans le coût originel ; SERLOOTEN (P.), *préc.*, p. 153.

[1039] VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*, p. 50 et s.

effectuer un retour sur capital, est une donnée appréciée variablement en son contenu, et fixement en sa forme. Ainsi, les erreurs de définition de la durée par l'insuffisante connaissance des collectivités par le retour d'expérience[1040], n'est ni une condition suffisante pour justifier l'annulation du contrat[1041], ni une condition pour réviser la durée[1042]. La deuxième critique porte sur les insuffisances concrètes quant à la prise en compte de l'évolution patrimoniale de la concession. En outre, la durée fixée selon le prévisionnel n'est valable que si et seulement si l'inventaire des biens est effectivement réalisé, et si son contenu n'est pas altéré. Or, s'il est possible pour la personne publique de contrôler l'inventaire des biens[1043], et d'apprécier les « *variations du patrimoine immobilier* »[1044], il est plus difficile pour elle d'en constater la révision comptable. Cela est d'autant plus vrai que le calcul de l'amortissement par composants des éléments d'actifs[1045] de la concession ou la procédure d'« *impairment test* »[1046], n'est que rarement mis en place, ce qui favorise une déconnexion entre durée d'amortissements des actifs et durée du contrat. La conséquence est souvent une durée d'amortissement plus longue que la durée *normale* d'amortissement. Enfin, une troisième critique découle de la rigidité du contrôle imparti aux personnes publiques dans l'appréciation de l'amortissement. Au-delà de la méconnaissance des moyens mis en œuvre par l'entreprise concessionnaire, la personne publique n'est jamais en mesure de négocier la révision de la durée après avoir constaté la fluctuation de l'amortissement des actifs. La solution actuelle est

---

[1040] « (…) *ce qui va sans dire mais qui méritait d'être rappelé compte tenu de la pression exercée par certains délégataires sur les collectivités publiques afin que le contrat soit conclu pour une durée aussi longue que possible* », BRENET (F.), « La détermination de la durée des délégations de service public », *R.J.E.P.*, n°672, Février 2010, comm. 8.

[1041] Le contrôle du juge sur la durée est limité à l'erreur manifeste d'appréciation. Cela est la contrepartie juridictionnelle de la « *marge d'appréciation* » des collectivités en la matière. C.E., 23 juill. 1993, req. n°138504, *Compagnie générale des eaux* : JurisData n° 1993-045412 ; *Leb.*, p. 226.

[1042] Le législateur n'a prévu par la loi *Sapin*, qu'une prorogation de la durée dans des cas limitativement énumérés. V. *Supra*, C.G.C.T., Art. L. 1411-2.

[1043] C.E., Ass., 21 déc. 2012, req. n°342788, *ERDF c. Commune de Douai*, *Contrats et Marchés publ.*, *préc.*

[1044] D. n°2016-86, Art. 33.

[1045] Cozian

[1046] Autrement appelé, test de dépréciation, l'impairment test est une procédure de réévaluation des actifs de l'entreprise. Ainsi, cela permet d'ajuster les écarts entre les valeurs comptablement inscrites en amortissement et la dépréciation réelle du patrimoine amorti. C. com., Art. L. 123-18 : « (…) *Pour les éléments d'actif immobilisés, les valeurs retenues dans l'inventaire doivent, s'il y a lieu, tenir compte des plans d'amortissement. Si la valeur d'un élément de l'actif devient inférieure à sa valeur nette comptable, cette dernière est ramenée à la valeur d'inventaire à la clôture de l'exercice, que la dépréciation soit définitive ou non* ». V. VILA (J.-B.), *préc.*, p. 40. Ce test a été impulsé par la norme IAS 36.

radicale et *a posteriori*. Si la durée est excessive, il revient à la personne publique (à sa discrétion) de résilier le contrat pour motif d'intérêt général[1047].

2. L'amortissement comptable : grille de lecture de la valeur des biens de la concession

488. L'appréciation de l'amortissement des biens est, au-delà d'une cristallisation temporelle des actifs dans la comptabilité, une source d'informations pour les parties quant à la valeur des actifs à un moment donnée. En cours d'exploitation, cette valeur des actifs est fondamentale puisqu'elle est un signe qualitatif, de maintenance et d'entretien des biens à un stade d'exploitation. En fonction, les biens de la concession sont plus ou moins attractifs pour les usagers qui, à défaut de valeur suffisante des biens ou de leur mutabilité[1048], pourraient se tourner vers une solution de service alternative. En somme, la comptabilité par l'amortissement illustre une valeur comptable qui, concrètement, informe sur la valeur d'usage et sur son rayonnement pour l'utilisateur.

489. En outre, l'amortissement et sa transcription comptable sont des indicateurs forts de la réalité des prestations effectivement réalisées par le concessionnaire et du niveau de charge d'investissement qu'il supporte[1049]. Dans le contrôle opérationnel de l'activité globale de l'exploitation, connaître la valeur réelle des biens est un début de solution pour opérer une analyse d'adéquation entre la rémunération du concessionnaire et ses charges imposées[1050]. Par un exemple extrême mais non utopique, le lien entre la valeur comptable et la rémunération est tout à fait à propos lorsqu'il est fait état de ce que le concessionnaire amortit plus que ce

---

[1047] BUREL (A.), *A.J.C.T.*, 2013, p. 462, *préc.* ; ECKERT (G.), « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2013, comm. 83.

[1048] FORGET (J.), *Dynamique de l'amortissement, Renforcer l'autonomie financière de l'entreprise pour dynamiser ses investissements*, éd. D'organisations, 2005, p. 19 : l'auteur insiste sur le fait que l'amortissement des biens doit être fondé sur la valeur de remplacement de ceux-ci. Le coût de renouvellement des biens doit inclure l'effort de financement supplémentaire engendré par le remplacement du bien par un autre qui lui sera techniquement et technologiquement supérieur afin de rester compétitif et concurrentiel.

[1049] « *Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession* », D. n°2016-86, art. 33.

[1050] *Ibid.*

qu'il a investi[1051]. Il en va ainsi si des travaux prévus *ab initio* ne sont pas réalisés ou si des renouvellements de biens, pourtant obligatoires, n'ont pas été effectués à la date du renouvellement[1052].

490. Enfin, et peut-être est-ce là son intérêt le plus évocateur, l'amortissement lie la valeur des biens de la concession pour la liquidation de la concession au terme de l'exploitation[1053]. Sur ce point, les hypothèses apparaissent clairement tranchées par la jurisprudence. Il est aujourd'hui constant qu'au terme du contrat, le cocontractant doit « *être indemnisé à hauteur des investissements non amortis* »[1054]. Au sens large, cette hypothèse concerne donc tant les contrats dont la durée était supérieure à la durée d'amortissement (hypothèse de résiliation anticipée), que les contrats qui prévoyaient *ab initio* que la durée d'exploitation serait plus faible que celle nécessaire à l'amortissement total des biens (hypothèse de fin naturelle du contrat)[1055]. Dans les deux cas de figure, la référence pour l'indemnisation des investissements est « *la valeur nette comptable* »[1056]. Enfin, et cela semble logique, si le cocontractant a amorti les biens au terme du contrat, il ne peut demander à ce motif aucune indemnisation sur les investissements et sur le bénéfice économique et comptable que lui conférait la concession.

491. Néanmoins, s'il est écrit que la durée du contrat soit arrêtée en fonction de l'amortissement des biens, la *normalité de la durée* ou désormais *le temps raisonnable* pour amortir les biens, sont d'autant plus souples qu'ils sous-entendent une rigueur extrême dans le calcul des clauses financières relatives à la durée. Telles sont en tout cas les constats du droit actuel qui, en précisant que par amortissement il faut entendre « *amortissement*

[1051] VILA (J.-B.), « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant – Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publ.*, n°5, Mai 2010, Etude 5.

[1052] Cette mise en garde a déjà été donnée par la Cour des comptes à l'occasion de son rapport sur les délégations de service public dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *préc.*, p. 33.

[1053] Le professeur LINDITCH parle de « *critère d'exécution complète du contrat* », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100, *préc.*

[1054] C.E., 4 juill. 2012, req. n°352417, 352449, 352418, 352450, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, *J.C.P.A.*, 2012, act. 486.

[1055] *Ibid.*

[1056] S'il est question d'une durée supérieure à la durée d'amortissement, l'indemnisation sera à hauteur de la V.N.C. qui résulterait de l'amortissement sur le reste de la durée. S'il est question d'une durée inférieure, l'indemnisation sera à hauteur de la V.N.C. inscrite au bilan.

économique »[1057], imposent une réflexion globale sur les avantages/charges conférés au concessionnaire et leur rapport avec son droit à rémunération.

B. L'amortissement, outil économique favorable à l'atteinte de l'équilibre économique

492. La particularité de la concession de service public et de travaux publics fait que les avantages habituellement tirés par les entreprises dans les projets privés, ne puissent être totalement transposés au contrat de concession. Il en va ainsi de la liberté de définition de la durée du contrat et de la liberté de conclure à des conditions plus avantageuses pour la partie qui est chargée de l'investissement. Toutefois, la définition de la durée n'est pas stricte, et laisse la place à une appréciation casuistique ; chaque besoin et chaque contrat diffèrent. La définition de durées « références » est impossible ; au mieux peut-on prévoir des durées « plafonds ». Le droit des concessions fixe la limite de la durée contractuelle aux objectifs qu'elle poursuit, ces objectifs devant alors être justifiés. Ainsi, une concession est, par principe, limitée à une durée de cinq ans. Ce n'est qu'en démontrant une impossibilité de recouvrer l'investissement et d'assurer la rémunération du concessionnaire sur cette durée que les parties peuvent négocier une durée plus longue. Il y a là une forme de revirement d'appréciation théorique ; la durée plafond des concessions est introduite et est calquée sur la réalisation rationnelle de l'équilibre économique (1). La formulation, quoique nouvelle dans notre droit, voit son impact pourtant limité et réduit à une seule décomposition terminlogique informative. Mais, en tout état de cause, les autorités publiques ne peuvent plus arguer d'une quelconque méconnaissance des effets économiques du temps sur les contrats de concession. Elles doivent s'efforcer de trouver une durée *morale*, incitative et conciliatrice des intérêts présents au contrat (2).

1. Le plafond de la durée de concession calquée sur l'atteinte des objectifs économiques : la réalisation de l'équation financière

493. Fixer la durée du contrat n'est pas une opération anodine et ne saurait être déphasé de la construction de l'équilibre économique. Les éléments constitutifs de l'équilibre économique étant interactifs et interdépendants[1058], la durée ne saurait être fixée à part et sans

---

[1057] C.E., 11 août 2009, req. n°303517, *Société Maison Comba*, A.*J.D.A.*, 2010, p. 954.

[1058] BOUSQUET (G.H.), *préc.*

considérations pour les clauses financières *strico sensu*[1059]. Alors, l'exercice de la détermination de la durée contractuelle s'inscrit dans un environnement économique et doit s'efforcer d'être une vérité approximative mais sincère de la réalisation efficiente du service public. En tant que « *pivot* » [1060] financier de l'opération, sa quotité ne saurait dépasser une quotité maximale de temps par laquelle cette réalisation est satisfaisante pour chacune des parties mais, inversement, sa quotité ne saurait être inférieure à la satisfaction de l'une ou l'autre des parties. La directive 2014/23/UE et les textes de transposition opèrent ici un revirement dans la conception de la durée. Les collectivités publiques ne fixent plus seulement une durée normale d'amortissement sur la base de leur cahier des charges ; mais elles doivent fixer cette durée en s'efforçant de la justifier si celles-ci dépassent une durée de cinq ans[1061]. Loin d'être anodine, cette nouvelle disposition emporte en pratique une véritable mutation dans l'approche des personnes publiques dans la détermination de la durée en fonction de l'équilibre économique prévisionnel. Elles doivent ainsi, pour justifier toute durée supérieure, définir une durée essentielle[1062] construite en symbiose avec chaque facteur d'équilibre économique.

494. En l'occurrence, la durée essentielle dans une concession a une triple fonction. Elle permet la réalisation continue du service public, la réalisation de l'équilibre économique avec l'intéressément du concessionnaire, et une remise en concurrence périodique de l'exploitation. Parce qu'elle supporte ces trois fonctions, la durée est un impératif d'ordre public.

495. Pour aiguiller les personnes publiques dans cette recherche de durée essentielle contractuelle, le législateur et le juge ont successivement exigé que la durée puisse inclure ces différentes fonctions. Cela a abouti à exiger que les contrats de délégation de service public soient limités temporellement à une durée normale d'amortissement. Dans sa jurisprudence *Maison Comba*, le juge a précisé que par durée normale d'amortissement, il fallait entendre la durée nécessaire pour réaliser « *l'amortissement économique* ». Sans référence à une

---

[1059] 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 », *J.C.P.A.*, n°26, 2 Juillet 2012, 2226.

[1060] TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *Build, Operate and Transfer. Modalité de partenariat public-privé, approche law and economics*, 2013, p. 453.

[1061] D., n°2016-86, Art. 6.

[1062] V. *Supra*, Paragraphe 1.

technique d'amortissement particulière[1063], ni au risque d'exploitation[1064], le juge a pourtant eu la volonté de réintroduire l'idée selon laquelle la durée est l'outil de la réalisation de l'équation financière. Cette durée « *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* (…) »[1065].

496. Par ce considérant de principe, le juge fait écho superficiellement[1066] aux techniques de financement du projet[1067]. D'abord, cette durée comprend le temps nécessaire à la réalisation des investissements, temps qui ne donne lieu à aucune rémunération. Ensuite, c'est le temps qui confond la période d'amortissement des investissements et l'exploitation du service. L'un ne peut aller sans l'autre puisque les dotations aux amortissements sont alimentées par les flux de recettes issus de l'exploitation. Au terme de cette phase, le concessionnaire aura totalement amorti les investissements et/ou aura renouvelé les biens. Enfin, la troisième phase est celle du retour sur capital investi[1068], période où la marge nette du concessionnaire se constitue. Il s'agit là de la période de *rente* financière de l'exploitation. Les investissements sont amortis et renouvelés (ou du moins leur financement est assuré), le service public assuré, et les flux de recettes, après soustraction des charges d'exploitation, capitalisent la rémunération nette sur opération du concessionnaire.

[1063] « *Il* (le juge) *consacrait ainsi le référentiel d'amortissement économique qui n'existe ni dans la comptabilité, ni dans les politiques financières des personnes privées et publiques*. », 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 », *J.C.P.A.*, n°26, 2 Juillet 2012, 2226.

[1064] La référence au risque est effectivement inexistante ; ou peut-être faut-il l'entendre implicitement dans la référence aux « *contraintes d'exploitation liées à la nature du service et desexigences du délégant* », C.E., 11 août 2009, *Société Maison Comba*, *préc.*

[1065] C.E., 11 août 2009, req. n°303517, *A.J.D.A.*, 2010, p. 954.

[1066] Le terme est choisi car le juge, s'il informe que la durée normale d'amortissement s'inscrit dans l'environnement économique, et qu'il n'est pas que l'amortissement comptable, il ne parvient pas expressément à faire les liens nécessaires à la compréhension du fonctionnement de l'amortissement dans les délégations et ainsi révéler ses effets sur l'équilibre économique. En l'occurrence, le juge ne fait pas de lien économique entre la conclusion d'une cession de créances, et l'utilisation de l'amortissement de caducité, v. VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°26, 2 Juillet 2012, 2226, *préc.*

[1067] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, L.G.D.J., 2015, p. 537 et s.

[1068] Dans les travaux préparatoires, le texte parlait d'un droit à « *une rémunération raisonnable du capital investi*. », Amendement 16 et 141, proposition de directive, article 16, source : http://www.europarl.europa.eu/sides.

497. Cette décomposition désormais explicite avec l'article 6 du décret du 1er février 2016, n'est toutefois pas une innovation majeure sur le plan opérationnel. À la lecture du dispositif et des travaux préparatoires qui l'ont inspirée[1069], il est difficile d'envisager une autre méthode de définition de la durée que celle fondée sur l'amortissement comptable de tous les actifs de la concession[1070] émargé d'une période de bénéfice raisonnable[1071].

498. Le droit antérieur n'était pas, lui-même, étranger à cet objectif[1072]. Plusieurs exemples pourraient être évoqués, au nombre desquels le droit à recourir à l'amortissement complémentaire de caducité lorsque le concessionnaire n'est pas en mesure d'amortir totalement sur la durée du contrat ses investissements ; le droit à pratiquer des dotations aux renouvellements déductibles du bénéfice imposable prélevés sur une quote-part des tarifs du service public ; ou encore le droit à compensation financière ou à prolongation de la durée pour modification contractuelle imprévue.

499. Cette liste non exhaustive démontre que la connexion entre la durée et l'équilibre économique est permanente. Seule la méconnaissance et l'absence de contrôle restreint de ces

---

[1069] «(…) *le projet de directive précisait ainsi au mois d'octobre 2013 que la durée contractuelle s'apprécierait par rapport au « cycle de vie » des biens*. (…) *Ce cycle de vie était alors défini comme « l'ensemble des états consécutifs et/ou liés entre eux comprenant production, transport, utilisation, maintenance qui existent pendant la durée d'un produit, de l'acquisition ou de la production jusqu'à l'élimination, liquidation et finalisation ».* (…). *Selon les travaux en amont de la directive concessions, ce coût de cycle de vie se calcule en prenant en compte : les coûts internes (liés à l'obtention, la production, l'usage (énergie et maintenance) et la fin de vie (collecte et recyclage) du bien ; les coûts externes (s'ils sont déterminables comme les coûts environnementaux ou l'évolution technologique prévisible)* », *Dr. adm.* , n°11, Novembre 2014, étude 17.

[1070] Ce point est sans équivoque. L'article 18 du décret dispose que sont concernés « *les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l'exploitation de la concession* ». Ces investissements sont définis comme notamment « *les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel.* »

[1071] « *Il ne s'agit ni plus ni moins de l'approche comptable de l'amortissement d'un élément d'actif, un bien, tel qu'elle est prévue par le plan comptable général ou reprise dans les normes comptables internationales. Autrement formulé, et malgré les apparences, la durée contractuelle s'apprécierait dorénavant à partir d'une lecture comptable de l'amortissement qui conditionne l'appréciation du remboursement du délégataire mais aussi sa marge nette bénéficiaire, et ce, contrairement à la vision proposée ces dernières années par le Conseil d'État*. (…) *Les réflexions paraissent donc relancées sur ce point.* », *Ibid*.

[1072] Nota., COUDEVYLLE (A.), *Les Concessions de service public des collectivités locales*, *Bibliothèque des collectivités locales,* Sirey, p. 74 : les redevances perçues sur les usagers « *doivent permettre la couverture des charges (amortissement et rémunération des capitaux empruntés, dépenses d'exploitation), mais également assurer une rémunération, c'est-à-dire un bénéfice pour le concessionnaire* » ; LINDITCH (F.), *A.J.D.A.*, 1996, p. 100, *préc.*

moyens de connexion conduit au déséquilibre économique et à un profil de concession moins risqué que celui envisagé *ab intio*.

2. Reconnexion de la durée avec l'équilibre économique : la recherche d'un temps « moral » d'exploitation

500. Rechercher une certaine moralité dans la définition de la durée des concessions de service public, ou de tout autre contrat de concession, c'est accepter l'imperfection actuelle du moyen contractuel pour rationaliser le temps. Aussi, parler de moralité dans le temps contractuel, c'est essayer de faire une jonction entre le droit et une nouvelle conception de la responsabilité des acteurs au contrat au-delà de la finalité propre à leur action. Dans une société où de nouveaux concepts, tel que celui de la responsabilité sociale des entreprises[1073], émergent, cette proposition peut être faite pour rationaliser les contrats administratifs en sollicitant une relation éthique et de confiance entre la personne publique et son cocontractant. Le temps moral est un début de responsabilité sociale des entreprises vis-à-vis de leurs obligations en tant que gestionnaire d'un service public, et de la responsabilité qu'ils sont supposés supporter au nom de l'intérêt général[1074].

501. En d'autres termes, le temps moral se rapprocherait de la durée essentielle, temps nécessaire pour réaliser les prestations et contreprestations, mais en diffèrerait en ce qu'il correspondrait à la conscience du temps nécessaire à la réalisation de ces prestations et à la responsabilité que les parties engagent vis-à-vis de l'autre, pour faire correspondre la réalité et

---

[1073] Communication de la Commission européenne du 25 oct. 2011, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 0681 final. La Commission européenne définit la responsabilité sociale des entreprises comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* ». Dans un livre vert de 2001, la Commission précise que « *Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes. L'expérience acquise avec l'investissement dans des technologies et pratiques commerciales écologiquement responsables suggère qu'en allant plus loin que le respect de la législation, les entreprises pouvaient accroître leur compétitivité. L'application de normes sociales dépassant les obligations juridiques fondamentales, par exemple dans le domaine de la formation, des conditions de travail ou des relations entre la direction et le personnel, peut également avoir des retombées directes sur la productivité. C'est ainsi que s'ouvre une voie permettant de gérer le changement et de concilier le développement social et une compétitivité accrue.* », § 21, COM(2001) 0366 final.

[1074] Peut-on lire chez P. COSSALTER que « *les activités d'intérêt général sont par ailleurs soumises à un principe de « moralité du profit » dont la principale expression est la limitation des bénéfices »*. Ce principe, implicite, trouve des applications dans des méthodes de réduction de la rémunération du gestionnaire. Le temps d'exploitation est un accord sur le volume de rémunération, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 731

le contrat[1075]. Cette conscience, fondamentale ici, est alors la ligne directrice de l'équilibre financier contractuel puisque, au bout d'un temps moral, cet équilibre a vocation à disparaître pour laisser place à un déséquilibre certain.

502. La recheche d'un temps moral dans les concessions n'est pas illusoire. Le législateur lui-même a entendu introduire un « temps moral » en permettant aux parties de négocier et d'établir par elles-mêmes, selon le besoin du service, la durée du contrat. Car, parmi les effets corrupteurs des précédents contrats de délégation, le temps d'exploitation en était une preuve irréfutable[1076]. Le choix dans la sémantique par le législateur n'est pas anodin : c'est une durée « normale » d'amortissement qui est la limite temporelle des délégations de service public à investissements. Il entend d'ailleurs en contrôler la quotité dans certains secteurs sensibles et indispensables aux besoins des usagers : les contrats doivent avoir une durée inférieure ou égale à 20 ans lorsqu'il s'agit, par exemple, du service de l'eau potable et de l'assainissement. Mais *in concreto*, quel est le socle d'une durée normale d'amortissement ? À quoi la normalité de cette durée fait-elle référence ? En réalité, il s'agit ici de la marge d'appréciation laissée aux personnes publiques pour apprécier, par comparaison, comment la technique et l'économique peuvent se concilier avec le service public et l'intérêt général[1077]. En l'occurrence, le service de l'eau et de l'assainissement et autres secteurs limités, ne peuvent voir leur durée dépasser le plafond de 20 ans qu'après « *examen de l'autorité compétente de l'État* »[1078] sur les justificatifs de ce dépassement. Mais le rétablissement d'une tutelle étatique comme gage de la préservation ultime de l'intérêt général n'est que faiblement fonctionnel[1079].

[1075] Il y a dans cette idée celle de limiter les asymétries informationnelles et les situations opportunistes.

[1076] Si certains contrats prévoyaient des durées extrêmement longues, sans rapports réels avec les investissements réalisés, c'est surtout par le biais de la « tacite reconduction » des délégataires que les situations de rente se sont installées. V. Cour des Comptes, Rapport public annuel 2001, Février 2001, p. 732 et s.

[1077] POUYAUD (D.), « Concurrence, transparence et libre administration. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques» *R.F.D.A*, 1993, p. 902.

[1078] D. n°2016-86, Art. 34.

[1079] « *L'avis du directeur départemental des Finances publiques qui répond en sa qualité de chef des services déconcentrés et d'expert est purement consultatif* », § 2.2. de l'Instruction n°10-029-M0 du 7 déc. 2010.

503. En parallèle, le juge sollicite aussi les parties pour qu'elles s'efforcent de déterminer des conditions contractuelles qui satisfassent cet objectif[1080]. La résiliation pour durée excessive n'emporte pas d'indemnisation du cocontractant puisqu'elle est la conséquence d'un préjudice causé à la personne publique et *in fine* à l'intérêt général[1081]. Ainsi, invoquer un temps moral, c'est aussi faire le lien entre le temps contractuel et le juste temps pendant lequel l'intérêt général est servi par un optimum. C'est aussi un temps qui considère la préservation des deniers publics et de leur juste utilisation au titre du contrat[1082].

504. C'est le cas lorsque le juge considère que les parties, en vertu d'une loyauté contractuelle et précontractuelle[1083], ne sauraient conduire à ce que l'une ou l'autre puisse pervertir le contrat ou son exécution. D'ailleurs, le juge n'hésite pas à sanctionner et annuler le contrat formé sur un mensonge du cocontractant sur l'une des caractéristiques essentielles de l'offre[1084]. La durée en est une. Autrement dit, la conscience qu'un cocontractant a d'avoir conclu pour une durée qui aura des effets néfastes sur l'équilibre économique, pourrait être sanctionné et entrainer la révision ou la résolution du contrat[1085]. Ainsi, la puissance économique[1086] de l'un serait sanctionnée lorsqu'elle ne trouve pas sa source dans l'indiligence de l'autre.

505. Il est possible de définir ce qui est entendu par le temps moral contractuel. Il s'agit du temps d'exécution qui, bien qu'ayant une fonction économique essentielle, s'inscrit positivement dans l'intérêt général – réputé être la manifestation du bien économique et

---

[1080] C.E., Ass., 8 avr. 2009, req. n°271737, 271782, *Compagnie générale des eaux c. Commune d'Olivet*, *R.F.D.A.*, 2009. 449, concl. GEFFRAY (E.).

[1081] WIERNASZ (M.), « Faut-il indemniser le manque à gagner lors de la résiliation d'une délégation de service public en raison de sa durée excessive ? », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1499.

[1082] Voir par exemple, le juge de cassation en matière civile valide la résiliation d'un contrat de droit privé par la seule personne publique si cette rupture a pour but de préserver les deniers publics, C. cass., Civ. 1ère, 13 mai 2014, req. n°13-12261, *Société Pi Médias c. Commune de Lamentin*, *R.F.L.*, n°5, 2014, p. 251-252.

[1083] VILA (J.-B.), *préc.*

[1084] C.A.A. Paris, 29 juill. 2016, req. n°15PA02427, *Ville de Paris c.Sociétés Clichy dépannage et CRC*, *A.J.D.A.*, 2016, p. 2281, concl. ROUSSET (O.).

[1085] « *Il s'agit, en effet, en adoptant cette position rigoureuse, d'inciter les entreprises candidates à l'attribution d'un marché public à jouer la carte de la sincérité et de la transparence lors de l'élaboration de leur offre* », *Ibid.*

[1086] La « puissance économique » du concessionnaire est souvent un facteur d'infléchissement des personnes publiques dans leurs relations contractuelles. Toutefois, ce schéma n'est pas indifférent aux relations entre personnes morales de droit privé, SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 240.

social – sans l'altérer de quelconque manière. Cela est possible dans la mesure où l'intérêt général n'exclut plus les questions économiques et notamment la présence d'une rentabilité et d'un profit tiré du service public[1087]. Telle est la conception de l'intérêt général par le droit européen, dans lequel s'inscrit désormais le droit des concessions. Le législateur, par son approche cosmologique du marché, lie l'intérêt de l'Union européenne à la libre et saine concurrence entre les acteurs économiques. Cette libre et saine concurrence établie, elle est vectrice d'une amélioration de l'efficience et de la qualité de tout service sur le territoire européen. Or, parce que le contrat autorise des avantages en contrepartie des sujétions d'exploitation, la concession organise la position dominante du gestionnaire. Celle-ci ne saurait perdurer dans le temps[1088]. Une durée excessive conduit[1089], invariablement, à abuser de cette position dominante, à évincer toute forme de concurrence sur le marché[1090] et *in fine* affecte les échanges dans « *une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* »[1091].

506. L'opération n'est toutefois pas aisée et se heurte à plusieurs obstacles pratiques. L'asymétrie informationnelle est démontrée dans les relations public-privé et même dans les relations privé-privé. Dans cet environnement où une partie se trouve en position d'infériorité, la preuve de la loyauté dans la fixation de la durée et dans la connaissance de l'autre est

---

[1087] V. nota., VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, (1392 p) ; BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, L.G.D.J., 2015, (672 p.) ; BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, L.G.D.J., 2001, (378 p.).

[1088] C.J.U.E., 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa srl e.a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a*., *Rec. gén. C.J.U.E.* ; *Contrats et Marchés publ.*, n° 12, Décembre 2016, comm. 291, LLORENS (F.).

[1089] « *La mesure dans laquelle une compensation particulière affecte les échanges et la concurrence ne dépend pas uniquement du montant moyen reçu par an et du secteur concerné, mais également de la durée globale du mandat confié. En conséquence, exception faite des cas où la réalisation d'investissements importants justifie une durée plus longue, par exemple dans le domaine du logement social, il convient de limiter l'application de la présente décision à une durée de mandat n'excédant pas dix ans.* », Décision de la Commission du 20 décembre 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, C(2011) 9380, *J.O.U.E.*, 11 janv. 2012, p. L.7/3.

[1090] V. *Infra*., Seconde Partie, Titre II. Notons d'ores et déjà qu'il s'agit là d'une étude plus large sur le caractère raisonnable de la rémunération du concessionnaire. Cette rémunération n'est nullement composée des seules recettes d'exploitation, mais de tous les avantages tirés du contrat. Les droits exclusifs, aides et avantages fiscaux en font partie. Ainsi, dès lors qu'une durée a été raisonnablement estimée et admise par les parties comme permettant d'arriver à un équilibre et une marge bénéficiaire, tout dépassement de cette durée entraine l'annulation du risque par une aide d'État implicite et irrégulière.

[1091] T.F.U.E., Art. 106 § 2.

difficile à établir. Inversement, la méconnaissance de l'autre est difficile à identifier ; la situation de déséquilibre peut naitre de son indiligence.

507. Aussi, cela remet en cause la liberté contractuelle qui n'est, ni le gage de l'équivalence en valeur des prestations, ni le gage d'une relation équitable. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel de cette durée obligerait le juge à s'emparer de l'équilibre économique pour établir une analyse approfondie *in concreto*[1092].

508. Cette réflexion sur une durée morale ne peut être distinguée de celle de son acceptabilité par l'intérêt général. Cela est d'autant plus vrai que l'extension du recours en contestation de validité du contrat aux tiers lésés de « *façon suffisamment directe et certaine* »[1093] multiplie les risques de contentieux. D'ailleurs, le juge a récemment admis que ces tiers peuvent demander à ce « *qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat* » à la personne publique et, qu'en cas de refus, ils sont en droit d'en faire une demande directe au juge par la voie du recours de plein contentieux[1094]. À notre sens, de tels recours permettraient favorablement, à des contribuables soucieux des deniers publics de leur collectivité, de demander (ou d'impulser) plus aisément la résiliation des contrats de concession à durée excessive[1095]. De tels recours auraient le mérite de rappeler que l'équilibre économique des contrats de concession de service public ont des incidences véritables sur les finances locales.

509. Une esquisse de temps moral peut être effective et en accord avec la place du risque dans les contrats de concession. Le temps moral, qui se conçoit comme un outil de rationalisation des contrats, est *in fine* un outil favorable à son adaptation. L'évolution du

---

[1092] Dans l'affaire *Société Maison Comba*, le juge considère que la durée de 30 ans prévue au contrat est une durée normale d'amortissement. Or, l'amortissement technique des biens était de 10 ans, l'amortissement comptable des investissements de 20 ans.

[1093] C.E., Ass., 4 avr. 2014, req. n°358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Leb.*, p. 70 ; *B.J.C.P.*, 2014, p. 204, concl. DACOSTA (B.) ; *A.J.D.*A, 2014, p. 1035, chron. BRETONNEAU-LESSI (A.) ; *R.J.E.P.*, juillet, 2014, n°31, note LAFAIX (J.-F.) ; *D.A.*, juin 2014, n°36, note BRENET (F.).

[1094] C.E., 30 juin 2017, req. n°398445, *Sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group c. syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Dalloz actu.*, 5 Juillet 2017, note DE MONTECLER (M.-C.).

[1095] Car dans la décision précédente, le juge considère qu'une demande des tiers est recevable si cette décision « *ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général* », *ibid.* Or, il s'avère que le juge considère en ce sens que la résiliation d'une convention de délégation de service public pour durée excessive est une décision motivée par l'intérêt général et constitue un « impératif d'ordre public », BUREL (A.), *préc.* ; ECKERT (G.), « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *préc.*

contrat et de sa durée serait au service de l'incitation ; la rentabilité du contrat en serait le curseur.

Paragraphe 2 - La prise en compte du risque d'exploitation par la durée

510. Les effets du temps sur le risque dans le contrat de concession sont négatifs ou positifs. Négatif, car les obligations du cocontractant dans le temps, accroîssent la probabilité d'occurrence du risque dont les effets peuvent être dangereux pour l'équilibre financier. Positif, car divers moyens sont mis à disposition par le contrat, pour réduire le risque financier et permettre l'équilibre financier de l'opération. Telle est la fonction de l'amortissement qui, dans les concessions, a une importance fondamentale sur l'équilibre et la rémunération du concessionnaire.

511. Face à cette ambivalence des effets du temps sur le risque et l'équilibre économique, le droit et la jurisprudence ont pu proposer des solutions. Ces moyens juridiques sont toutefois limités et leurs conséquences sont irréversibles sur le contrat (A). En parallèle, plusieurs réflexions se sont portées sur la possibilité d'introduire dans les contrats[1096], une durée d'exécution adaptative et évolutive selon la réalité économique. Ces réflexions se sont principalement portées sur la possibilité d'introduire, dans les concessions, des durées dites endogènes[1097] (B).

A. L'adaptabilité de l'équilibre financier selon le couple durée-risque : durée insuffisante et durée excessive

512. Parce que l'équilibre économique du contrat est déterminé par le niveau de risque transféré, la durée contractuelle subit inévitablement ce lien physique lors de sa détermination. En outre, la durée elle-même peut être un risque d'exploitation parce que son volume est nettement inférieur au volume constaté dans la pratique. De telles durées ne sont toutefois pas irrégulières au motif qu'elles ne sont pas raisonnables. C'est alors l'équation financière du contrat qui est sollicitée pour prendre en compte le volume de la durée retenu. Si

---

[1096] Sur la possibilité d'introduire ce mécanisme dans les concessions, COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *Dr. adm.* , n°5, Mai 2006, étude 9 ; *A contrario*, v. RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p.115.

[1097] *Ibid.*, l'auteur empreinte cette expression à l'économiste Jean TIROLE (source : TIROLE (J.), *Concessions, concurrence et incitations, in HENRY (C.) et QUINET (E.) (ss dir.), Concurrence et service public,* texte des conférences Jules Dupuit, présidées par Marcel BOITEUX : L'Harmattan, 2003, p. 75-94, p. 92.).

la durée contractuelle est insuffisante par rapport au temps raisonnablement escompté pour amortir les investissements et dégager un retour sur capital investi, l'équation financière doit organiser une compensation légitime pour parvenir à l'équilibre économique (1). À l'inverse, la durée jugée excessive est synonyme de déséquilibre économique[1098] ; la sanction du déséquilibre est la fin naturelle du contrat (2).

1. Durée inférieure à l'amortissement technique mais suffisante pour atteindre l'équilibre financier

513. Face au postulat que la durée des conventions de délégation de service public n'a pas à respecter strictement la durée normale d'amortissement, trois solutions s'imposent. La première est idéale – mais, dans les faits, rare parce qu'elle exclut la marge nette bénéficiaire de l'investisseur – et consiste à déterminer une durée qui correspondrait parfaitement à la durée d'amortissement des biens. La deuxième, plus récurrente, est de déterminer une durée qui avoisine la durée d'amortissement technique des biens, mais qui lui est supérieure. L'équilibre financier est atteint ou largement dépassé et permet au concessionnaire de constituer sa marge nette. L'écart admis doit alors être préservé dans « un esprit d'équilibre » sans lequel le contrat basculerait dans le champ des contrats d'une durée excessive[1099]. Enfin la troisième, est que la durée fixée est inférieure à la durée d'amortissement technique des biens, ce qui nécessite des mécanismes de compensation pour que le concessionnaire puisse financer l'investissement et se rémunérer.

514. Cette dernière situation est d'ailleurs assez courante dans la pratique. On doit ce constat aux exigences de remise en concurrence périodique des contrats et à la durée de vie technique des équipements réalisés et remis en bon état de fonctionnement. La combinaison de ces deux phénomènes exclut de plus en plus fréquemment la conclusion de conventions de concession pour des durées qui excèdent 25 à 30 ans. L'équilibre économique doit alors prévoir des mécanismes compensatoires pour le financement du concessionnaire et la réduction de sa capacité à amortir l'investissement et se rémunérer sur l'opération. Dès lors, la durée n'est pas

---

[1098] Ce constat n'est pas récent. Dans un ouvrage de 1933, on remarque déjà parmi les inconvénients de la concession de travaux publics que « *si la concession est de trop longue durée, et si les temps ont été mal calculés, ils peuvent assurer au concessionnaire des bénéfices excessifs* », Collectif des professeurs de l'École universelle par correspondance de Paris, *Droit administratif. La concession de travaux publics*, Éd. Carus, 1933, p. 10.

[1099] V. *Infra*.

fixée selon l'amortissement technique de l'investissement, mais selon l'amortissement « *économique* »[1100]. Plusieurs méthodes permettent d'y parvenir.

515. Par exemple, le droit fiscal autorise le concessionnaire à accélérer l'amortissement de son investissement par la voie de dotations fiscales qui viennent en déduction de son impôt sur les sociétés. C'est la technique des amortissements de caducité sur les biens de retour remis gratuitement au terme de la convention[1101]. Elle est une compensation fiscale qui constate l'impossibilité de l'investisseur d'amortir l'intégralité des biens sur la durée contractuelle. Si l'amortissement de caducité permet de « faire rentrer » l'amortissement total des investissements sur la durée du contrat, il demeure qu'il doit être déterminé de manière cohérente. De la sorte, l'amortissement de caducité ne saurait être complété par l'amortissement technique parce que la durée de vie des biens a été superficiellement exagérée[1102].

516. Aussi, lorsque la personne publique décide que la durée contractuelle doit être strictement inférieure à la durée raisonnable d'amortissement technique des investissements[1103], elle est dans l'obligation de prévoir une indemnisation financière du cocontractant en fin de contrat pour la partie qu'il n'aura pas amorti[1104]. Les modalités de cette indemnisation, qui incluent ou non le manque à gagner sur la période amputée[1105], peuvent être prévues dès le départ dans le cahier des charges, voire être négociées entre les parties[1106].

517. En dehors de ces hypothèses de définition *ab initio* de la durée, la loi *Sapin* prévoyait le recours à la prolongation en cours d'exécution lorsque, par la volonté de la personne publique

---

[1100] C.E., 11 août 2009, *Société Maison Comba*, *préc.*

[1101] C.E., 8 févr. 2017, req. n°387620, *Société Groupe Lucien Barrière, inédit.*

[1102] BOI-BIC-AMT-20-40-40, *préc.*, § 30.

[1103] « (…) *les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation* », Directive 2014/23/UE, §52.

[1104] C.E., 4 juill. 2012, req. n°352417, 352449, 352418, 352450, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, *J.C.P.A.*, 2012, act. 486. V. pour une confirmation, C.E., 13 févr. 2015, req. n°373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal*, *A.J.D.A.*, 2015, p. 1219.

[1105] VILA (J.-B.), « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », *J.C.P.A.*, N°50, 17 Décembre 2012, 2388.

[1106] *Ibid.* Notons par ailleurs que l'octroi d'une indemnité exclu normalement le bénéfice de l'amortissement financier. V. COLLET (M.), *Dr. Fisc.*, n°7, 23 Avril 2009, 285, *préc.*

cocontractante, une modification du contrat remettait en cause l'équilibre économique et/ou ne permettait pas au cocontractant de réaliser l'amortissement des biens sur la durée résiduelle du contrat. L'article L.1411-2 du C.G.C.T. prévoyait ainsi que face à un impératif d'intérêt général, les parties pouvaient conclure un avenant de prolongation. La première hypothèse consistait à prolonger le contrat pour une durée d'un an, *pour des motifs d'intérêt général* précisés comme des motifs permettant la continuité du service public[1107]. En pratique, cette exception était utilisée pour maintenir le service en l'attente d'une remise en concurrence[1108] lorsque la collectivité était dans l'impossibilité[1109] de gérer techniquement et administrativement le renouvellement de la délégation dans les temps[1110]. La seconde hypothèse était liée à la modification de l'économie générale du contrat ou précisément la modification signficiative de l'équilibre financier[1111], sans qu'il soit possible de procéder à la réévaluation des clauses tarifaires[1112]. La prolongation était prévue comme l'instrument du

[1107] Tel était l'esprit des travaux préparatoires, v. Rapport n°61 du Sénat, *préc.* Cela a été confirmé par le juge : T.A. Montpellier, 4 juin 1997, *Clavijo c. Commune de Béziers*, JurisData : 1997-036043 ; C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, JurisData : 2005-068469 ;

[1108] C.A.A. Marseille, 9 avril 2009, req. n°07MA02807, *Commune d'Orange*, Tables ; JurisData : 2009-005048.

[1109] L'impossibilité n'est pas, ici, synonyme d'une volonté de disposer d'un temps plus confortable pour la collectivité, T.A. Châlons-en-Champagne, 31 mars 2015, req. n°1301122, *M. Triche et a.*, inédit.

[1110] Dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Ramatuelle et Tomaselli*, Nicolas BOULOUIS rappelle que « *la prolongation temporaire n'est pas un droit* », *préc.*, *Leb.*, p. 875 et 964. Dans une autre affaire Frédéric DIEU reprend cette appréciation en rappelant que « *la prolongation temporaire ne devait être mise en œuvre que dans le cas où la collectivité avait été dans l'impossibilité de faire autrement* », *A.J.D.A.*, 2007, p. 478. V. aussi DIEU (F.), « La prolongation pour motif d'intérêt général d'une délégation de service public », *Dr. adm.*, n°11, Novembre 2009, comm. 146.

[1111] V., HOEPFFNER (H.)., *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, étude 19 et SYMCHOWICZ (N.) et PROOT (P.), *A.J.D.A.*, 2006, *préc.*

[1112] « *Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* », C.G.C.T., ex-Art. L.1411-2.

financement d'investissements imprévus commandés par le délégant[1113]. De cette manière, l'amortissement des biens était possible et la rémunération du délégataire était préservée[1114].

518. Désormais, l'article 34 du décret du n°2016-86 qui régit l'exécution des contrats de concession ne fait plus mention à une quelconque exception de prolongation contractuelle[1115]. Quel que soit le motif de la modification contractuelle, celle-ci devra être valorisée et prévue au contrat *ab initio* ou *a contrario*, être en dessous des cas de modifications substantielles. De cette manière, pour prévoir une modulation temporelle de l'exploitation, il est nécessaire de la prévoir dès la phase précontractuelle[1116]. En effet, le risque de requalification en modification substantielle est fort lorsque la durée du contrat est altérée en cours d'exécution. Par ailleurs, prévoir dans le contrat les hypothèses strictes ouvrant droit à prolongation, favorise la rationalisation des contrats. Tel n'était pas le cas avec l'ancien article L.1411-2 C.G.C.T. qui

---

[1113] « *Cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence Les investissements non prévus lors de la conclusion du contrat et susceptibles de justifier sa prolongation ne peuvent relever de la simple opportunité*. », C.E., Sect. Travaux publics, avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *Conditions de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n°85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montage*, *A.J.D.A.*, 10 juillet 2006, études SYMCHOWICZ (N.) et PROOT (P.) ; V. aussi, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, HOEPFFNER (H.). Les investissements s'imposaient « *pour des raisons techniques ou financières* », C.A.A. Paris, 3 juill. 2001, req. n°99PA03841 99PA03892 99PA03893, *Société S.O.C.C.R.A.M.*, inédit.

[1114] « *on peut admettre que l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* », C.E., 19 avril 2005, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, étude 19. D'ailleurs, le refus du délégant de prolonger ouvrait droit à recours indemnitaire pour le délégataire, T.A. Nice, 9 nov. 2007, req. n° 0305563, *S.A. du Parking de la Promenade du Papillon c. Ville de Nice*, *A.J.D.A.*, 2008.758.

[1115] Le décret n°2016-530 du 27 avril portant sur le régime applicable aux concessions hydroélectriques, prévoit toujours, la possibilité de « proroger » le contrat de concession soit lorsque des travaux sont exigés pour atteindre les objectifs de la politique énergétique et que ces travaux n'étaient pas prévus dans le contrat initial (Code de l'Énergie, Art. L.521-16-3), soit lorsque l'attribution n'a pas été décidée le dernier jour de la fin de la concession sortante (Code de l'Énergie, Art. L.521-16 al.3ème). En quelque sorte, on retrouve ici les mêmes cas de prolongation que ceux prévus par l'ancien article L.1411-2 C.G.C.T.

[1116] Car la prolongation n'est pas, en soi, interdite par le droit européen. Seule une utilisation contraire aux intérêts du marché est prohibée. Tel est le cas pour une prorogation automatique d'une concession ayant un intérêt transfrontalier, C.J.U.E., 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa srl e.a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a.*, *préc.*, § 72 et s.

permettait certaines prolongations sans considération systématique des effets du temps sur l'équilibre financier initial[1117].

2. Durée excessive, une identification a posteriori justifiant la fin naturelle du contrat

519. En introduisant une durée limitée à la durée normale d'amortissement, les concepteurs de la loi *Sapin* ont entendu donner une effectivité immédiate à la rationalisation de la durée des délégations de service public. Toutefois, c'est par le complément de l'article 75 de la loi du 2 février 1995[1118] que la préservation d'une durée normale a pris toute sa mesure. Par cet article, les services « *dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets* » ne peuvent être délégués que pour 20 ans, hors hypothèses où l'autorité délégante justifie le recours à une durée supérieure. Cette disposition a donné lieu à un contentieux célèbre ayant abouti à la jurisprudence *Commune d'Olivet*[1119]. Dans cette affaire, la C.G.E. avait conclu avec la commune d'Olivet une concession pour le service de distribution de l'eau potable pour une durée de 99 ans. Or, bien que le Conseil d'État n'ait pas sanctionné la durée elle-même du contrat, les conclusions d'Édouard GEFFRAY mettent expressément en évidence les risques des conventions perpétuelles. Ainsi, « *laisser perdurer des conventions de 30, 50 ou, comme en l'espèce, 99 ans, reviendrait à maintenir des collectivités mais aussi des usagers dans une situation très inégalitaire de « clients captifs »* ».

[1117] Outre la prolongation pour motif d'intérêt général d'une durée d'un an qui autorisait la prolongation sans contrepartie en investissement du délégataire (l'année supplémentaire est alors une année de rente supplémentaire, v. VILA (J.-B.), « Traitement comptable et financier de la concession de service public. – Fiche pratique n°2 », *J.C.P.A.*, n°10, 12 Mars 2012, 2075), la prolongation de la durée soulève la problématique du maintien de l'équilibre fiancier. Dans le cas d'une prolongation pour modification contractuelle imprévue au contrat, la prolongation devait être équivalente à la période d'amortissement nécessaire pour les nouveaux investissements. Or, le calcul de cette durée d'amortissement n'est pas le même qu'en début de contrat. Lors d'une prolongation, l'exploitation est lancée et son terme est à court ou moyen terme. Dans cette phase temporelle de l'exploitation, les premiers investissements sont amortis et/ou renouvelés, ce qui laisse une place à la rente d'exploitation. Ainsi, c'est en fonction de la durée de cette rente d'exploitation que la durée d'amortissement des nouveaux investissements devrait être fixée. C'est seulement si la période de rente d'exploitation n'a pas été anticipée par rapport au prévisionnel, que le calcul de la durée de prolongation pourra être calculée à l'identique de la durée initiale (recettes actuelles et prévisionnelles sur le futur).

[1118] L. n°95-101.

[1119] C.E., Ass., 8 avr. 2009, req. n°271737, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1090, chron. LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.); p. 1747, comm. NICINSKI (S.) ; *R.F.D.A.*, 2009. 449, concl. GEFFRAY (E.).

520. En outre, les conventions conclues avant l'entrée en vigueur de la loi *Sapin* et des lois qui la modifient et la complètent, ont clairement favorisé l'apparition de « *rentes de situation* »[1120]. Aussi, il est important de dissocier les notions de rentes et de rentabilité. La rentabilité s'analyse par des causes exogènes et endogènes de l'exploitation. Elle est plus ou moins importante en fonction du marché (ex : la demande et la qualité de l'offre concurrence), qu'en fonction de la gestion de l'opérateur des coûts induits par l'exploitation pour obtenir cette rentabilité. Sa rémunération, le profit[1121], est donc la contrepartie du risque qu'il supporte et des moyens qu'il met en œuvre pour exploiter et produire.

521. La rente, elle, est une notion qui ne fait pas appel à un quelconque effort de l'opérateur dans son exploitation. Elle est un profit tiré d'une situation établie, ce qui exclut l'idée de contrepartie d'un quelconque risque. En outre, la rentabilité est acceptable et nécessaire pour l'équilibre financier, la rente elle est néfaste et entraine irréductiblement une situation de déséquilibre financier.

522. L'expérience des conventions dont la durée est trop longue a permis de constater l'apparition à terme de rentes de situation sans plus aucun rapport ni avec un objectif d'équilibre financier contractuel ni avec le risque d'exploitation. L'insécurité juridique des conventions conclues pour une durée excessive impose qu'elles prennent fin avant le terme contractuel et dans des conditions financières rétablissant un « certain » équilibre. Dès lors, l'injustification des très longues durées doit emporter la caducité des contrats conclus[1122]. Le calcul de la caducité contractuelle est toutefois détaché de la notion de risque d'exploitation tel qu'entendu par la directive 2014/23/UE[1123].

[1120] Concl. GEFFRAY (E.), *R.F.D.A.*, 2009.449.

[1121] Entendu ici dans sa définition telle que donnée par Joseph SCHUMPETER, « *le profit est un excédent sur le coût* », SCHUMPETER (J. A.), *Théorie de l'évolution économique. Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture* (1911), Dalloz, 1999, Chapitre IV, Profit et Plus-Value, p. 7.

[1122] Un dispositif transitoire a été prévu pour tenir compte des contrats déjà conclus. Pour les collectivités dont les contrats conclus dans ces secteurs avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 janv. 1993 et qui ont une durée dépassant le 3 févr. 2015, un avis des directeurs départementaux des finances publiques devaient être demandés afin de connaître si les contrats seraient ou non, caducs à cette date (Instr. D.G.F.I.P. n°14-0013 du 22 juill. 2014).

[1123]L'instruction du 22 juillet 2014 ne considère pas comme caduque la convention lorsque le cocontractant a amorti tous les biens, mais voit son compte d'exploitation déficitaire (coûts > recettes). Or, il semblerait qu'un tel calcul contrevient à l'idée du transfert de risque d'exploitation en « forçant » l'apparition du bénéfice du cocontractant au-delà d'une durée normale d'amortissement.

523. Par ailleurs, pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi *Sapin*, l'identification d'une durée contractuelle excessive emporte le terme « naturel » du contrat. Dans une décision du 7 mai 2013, le Conseil d'État précise ainsi que « *la nécessité de mettre fin à une convention dépassant la durée prévue par la loi d'une délégation de service public constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation unilatérale par la personne publique, sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge* »[1124]. Le cocontractant de la personne publique ne saurait obtenir une quelconque indemnisation ; qu'il s'agisse d'une indemnisation sur les investissements, d'une indemnisation du manque à gagner, ou encore d'une indemnisation du préjudice subi par la résiliation « anticipée »[1125] du contrat. La résiliation revêt, dans ces conditions[1126], autant le caractère d'une résiliation pour motif d'intérêt général – notamment la préservation des deniers publics[1127] et des avantages publics octroyés -, que celui d'une résiliation pour faute[1128].

B. L'adaptabilité de la durée selon le couple risque-équilibre financier : modulation par phases et modulation globale

524. Dans ses travaux sur le temps et les obligations, A. ETIENNEY relève que « *La solution à l'effet corrupteur du temps apparaît alors dans la consécration d'une « temporalité mobile et évolutive, « métamorphique » du contrat »*[1129]. Ainsi, la liberté contractuelle en droit privé, autorise les parties à s'engager sur une durée fixe ou non en fonction des prestations. Ils sont « seuls »[1130] décideurs de la loi qu'ils entendent suivre[1131]. Pour les parties à un contrat

---

[1124] C.E., 7 mai 2013, req. n°365043, *Société auxilaire des parcs de la région parisienne (SAPP)*, *A.J.C.T.*, 2013, p. 462, note BUREL (A.).

[1125] NICINSKI (S.), « L'arrêt *Commune d'Olivet* et les distributeurs d'eau, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1747

[1126] Car indemniser le cocontractant du manque à gagner ou du préjudice lié à la seule résiliation reviendrait à lui ôter le risque financier de la concession. Si la durée est excessive, alors le cocontractant est supposé avoir bénéficié du temps raisonnable pour amortir ses investissements et réaliser un retour sur capital investi. L'indemnisation de ce dernier ne saurait être valable que si le contrat est dénoncé avant que la durée soit effectivement excessive et avant la durée qui aurait dû être celle retenue raisonnablement. Le calcul de l'indemnisation se fonderait alors sur cette période raisonnable recalculée.

[1127] V. C. cass., Civ. 1ère, 13 mai 2014, req. n°13-12261, *Société Pi Médias c. Commune de Lamentin*, *R.F.L.*, n°5, 2014, p. 251-252.

[1128] C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, req. n°11NC00809, *Compagnie générale des eaux et société Vivendi*, *préc.* Le cocontractant a toutefois perçu une indemnité pour imprévision dans le cadre d'une dépense réalisée pour mettre aux normes la concession, et une indemnité pour impayés.

[1129] ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation, préc.*, p. 94.

[1130] Seuls les contrats perpétuels sont prohibés, C. civ., Art. 1200.

[1131] C. civ., Art. 1102.

administratif, cette liberté semble plus contrainte par la loi. Du moins, telle a été l'interprétation des dispositions relatives à la durée[1132]. En réalité, la durée a toujours été considérée comme une donnée figée, hors exceptions, face à la faible propension à l'innovation sur la question temporelle dans les contrats administratifs. Le joug de la remise en concurrence et l'impression de sécurité juridique ont joué en faveur d'une durée déterminée *ex ante*, peu révisable, officialisant le début et le terme du contrat. Ce n'est que bien récemment que l'idée de moduler le temps contractuel s'est faite plus grande dans la commande publique. Aussi, moduler la durée s'est imposé pour matérialiser la présence des risques dans le contrat. Par voie de conséquence, la modulation de la durée a pour finalité l'encadrement et le respect de l'équilibre financier. D'abord, cette modulation apparaît timidement dans la séparation entre les durée de construction et durée d'exploitation (1) ; puis plus précisément, dans les concepts de durée variable ou durée endogène (2).

1. La modulation simple du temps contractuel : la dissociation des phases de la concession

525. Le phasage dans les opérations complexes n'est pas nouveau en pratique. Lorsque le contrat comporte une tranche « travaux et investissements » puis une tranche « prestation de service, entretien et maintenance », la règle générale est de scinder la durée du contrat pour correspondre à ces tranches[1133]. Ainsi, un contrat de concession de service public et de travaux publics peut être conçu en deux temps : une durée d'études et de réalisation suivie d'une durée d'exploitation effective du service[1134]. Cette méthode a pour objectif de ne pas pénaliser la durée d'exploitation du cocontractant par imputation de la durée de réalisation des ouvrages support du service.

526. L'intérêt pour le phasage temporel du contrat a acquis une certaine notoriété suite à la jurisprudence *Société Maison Comba*. En l'occurrence, la question qui a été soulevée par la suite est celle de la période à prendre en compte pour déterminer la durée d'amortissement de la convention. C'est peu de temps après, dans une décision *Commune de Chartres*, que le Conseil d'État a précisé que la durée normale d'amortissement était la durée hors réalisation

---

[1132] V. nota, BONNOTTE (C.), « Les conventions de service public et le temps », *R.F.D.A.*, 2005, p. 89.

[1133] YE (S.), TIONG (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 471 à 482.

[1134] Nota., C.E., 11 août 2009, *Société Maison Comba*, *préc.*

des investissements, durée qu'il est nécessaire d'ajouter pour calculer la durée totale du contrat[1135].

527. En procédant de la sorte, les parties autorisent la réduction du risque contractuel, particulièrement le risque de disponibilité de l'ouvrage et le risque de retard dans les travaux[1136]. Car, en tout état de cause, en phasant les deux durées, le cocontractant a une plus grande marge de manœuvre dans la négociation éventuelle d'une prolongation de la durée de réalisation par avenant, si un aléa apparait lors des travaux d'infrastructure. L'objectif est alors pour ce dernier de négocier, au-delà de la prolongation de la première phase, le maintien de la durée de la seconde phase. De cette manière, il peut réduire le risque « travaux »[1137], s'autoriser le glissement de la première phase, et maintenir son bénéfice escompté sur la durée d'exploitation.

528. Cette dissociation par phase peut revêtir une vraie dimension assurantielle pour le concessionnaire. En outre elle n'est pas incitative[1138] pour le cocontractant qui n'a pas de « raisons » de provoquer le risque sur la phase chantier du fait de l'absence de contraintes calendaires. L'autorité concédante se doit de veiller à inclure un risque financier pour lier les deux phases. L'outil classique est celui de la contrainte financière ; tel est le rôle des pénalités de retard ou des sanctions pour livraison hors du délai raisonnable contractuel. Mais puisque le risque n'a pas que des incidences négatives, il peut être envisagé des outils complémentaires, des bonus[1139] accordés au concessionnaire s'il achève la première phase avant le délai contractuel. Il en va ainsi en considérant que si la mise en service des infrastructures intervient avant le délai initial, alors ce temps dédié à l'exploitation doit donner lieu à rémunération supplémentaire[1140] du concessionnaire. Ce moyen est incitatif en ce

---

[1135] C.E., 8 févr. 2010, req. n°323158, *Commune de Chartres*, *tables*, p. 846 ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 240. V. à ce sujet, TERNEYRE (P.), « La durée des contrats », *R.F.D.A.*, 2016, p. 276.

[1136] *« The single-period concession structure requires the project company to assume completion risk, while the two-period concession structure could, to some extent, reduce the completion risk exposure to the project company, depending on the incentive schemes »*, YE (S.), TIONG (R. L. K.), *préc.*

[1137] Ce qui correspond au risque de disponibilité et au risque financier qui en découle, notamment les pénalités de retard.

[1138] TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *Build, Operate and Transfer. Modalité de partenariat public-privé, approche law and economics*, 2013, p. 450 et s.

[1139] *Ibid.*, § 718 et s. ; § 909 et s ; YE (S.), TIONG (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 472.

[1140] Quelque soit la forme : prix fixe, forfaitaire, ou exploitation anticipée sans remise en question de la durée d'exploitation.

qu'il autorise un gain financier pour le concessionnaire tout en garantissant[1141] la qualité des travaux et infrastructures pour le concédant et l'usager.

2. La modulation totale du temps contractuel : la variabilité de la durée concessive

529. La modulation du temps contactuel s'est toujours heurtée à un refus de la doctrine et de la pratique face aux exigences de la remise en concurrence. Parce que cette remise en concurrence doit intervenir par intervalle, périodiquement, il est nécessaire de la prévoir dans le temps, ce que seule une durée fixe parait pouvoir accomplir[1142].

530. Différents auteurs ont soulevé la possibilité, dans les partenariats public-privé, d'introduire une durée ajustable selon les aléas que subissent les contrats complexes à fort investissement. Une tendance peut être alors dégagée, « *Usually, the concession has a fixed period, in which risk factors are managed through tariff design supplemented by other measures. Sometimes, the concession has a variable period, which may be extended if the specified risk factors are worse than expected or shortened if they are better than expected* ». En d'autres termes, la durée fixe s'accomode assez aisément avec les contrats où les risques sont maitrisés par l'évolution tarifaire ; *a contrario*, la durée variable est utile lorsque les tarifs ne peuvent plus compenser l'aggravation – négative ou positive pour l'opérateur - extrême du risque.

531. D'aucuns parlent ainsi de « durée endogène »[1143] ou de « durée variable »[1144], dont l'objectif est la cohérence et la recherche de l'équilibre *in situ*. Dans certains B.O.T., la variabilité de la durée s'est imposée pour contenir la volatilité du risque et la dépendance de l'opérateur à la fréquentation du service et à la demande du marché[1145]. La durée peut varier à la baisse comme à la hausse, pour compenser l'écart avec les données prévisionnelles. L'objectif d'une durée variable est alors de mettre le concessionnaire dans une situation

---

[1141] La visite des lieux lors de l'achèvement des travaux doit être précise, et le suivi de l'infrastructure scrupuleusement assuré par la personne publique et ce jusqu'à l'expiration de la garantie de parfait achèvement.

[1142] COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *Dr. adm*., n°5, Mai 2006, étude 9.

[1143] *Ibid.*

[1144] VILA (J.-B.), *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, p. 227 à 240.

[1145] YE (S.), TIONG (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 472.

objective lui permettant de réaliser l'amortissement des biens augmenté d'un bénéfice raisonnable[1146].

532. Pour P. COSSALTER, établir une durée endogène permet tant « *de protéger le concessionnaire* » particulièrement contre le risque de fréquentation[1147], que « *d'assurer la stricte proportionnalité entre les résultats de l'exploitation et la durée du contrat* ». Selon cette approche, la durée doit pouvoir s'adapter jusqu'à un plafond maximal, pour permettre au concessionnaire de réaliser l'amortissement économique de son investissement. En cela, l'adaptabilité de la durée viendrait réguler le risque économique du cocontractant en évitant un surcoût direct pour la personne publique ou l'usager. L'allongement ou la diminution de la durée suit une logique de rationalisation du risque du concessionnaire sans toutefois l'annuler. Le curseur de variation de la durée serait les « revenus » évalués soit par le chiffre d'affaires de l'exploitation[1148], soit par le taux de rentabilité interne (T.R.I.), soit par un modèle hybride[1149]. Tel est le cas du dispositif mis en place dans le cadre de la convention entre l'État et APRR pour la concession de la construction, de l'entetien et de l'exploitation d'autoroutes consolidée au 29 janvier 2016. L'article 36.2 de la convention stipule une durée fixe mais que « *Toutefois, la concession prendra fin à la demande du concédant dès lors que, sur la base des comptes transmis par la société concessionnaire au concédant, le cumul depuis le 1er janvier 2006 des recettes réelles de péage hors taxes ramenées en valeur 2006 par l'inflation, corrigées de l'évolution réelle du taux de hausse du tarif kilométrique moyen applicable aux véhicules de la classe 1, dès lors qu'elle diffère de l'évolution présentée à l'annexe AA.17, ainsi que des éventuelles évolutions des coefficients de classe ou de périmètre de la concession postérieures au 1er janvier 2006, et actualisées au 1er janvier 2006 au taux de 8%, sera égal ou supérieur à 22 890 909 795 (vingt-deux milliards huit cent quatre-vingt-dix millions neuf cent neuf mille sept cent quatre-vingtquinze) euros.* ». Toutefois, il n'est pas à proprement parlé de durée variable dans cette hypothèse, mais plutôt d'une durée fixe révisable à la baisse selon les revenus tirés de l'exploitation. C'est une durée fixe plafonnée.

[1146] *Ibid.*, p. 472.

[1147] PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, § 567 à 582.

[1148] Le mérite du chiffre d'affaires est sa relative facilité de contrôle pour le concédant. V. *Infra,* Seconde Partie, Titre II, Chapitre 2, Section 2, §2, B.

[1149] COSSALTER (P.), *préc.*

533. Pour J.-B. VILA, l'expérimentation d'une durée variable dans les contrats de délégation de service public ou de partenariat, doit aboutir à ce que la durée se coordonne avec l'élément principal de sa fixation, l'amortissement des investissements. Pour ce dernier, dès lors que l'amortissement industriel définit essentiellement la durée d'exploitation, toute la mesure du lien liant les deux notions doit être prise. En ce sens, l'amortissement industriel étant par essence une donnée fluctuante et évolutive, la durée devrait suivre ce comportement. Aussi, il apparait comme paradoxal pour la durée d'exploitation d'être figée sur une estimation prévisionnelle d'amortissement, alors que la réalisation de l'amortissement en est très souvent éloignée[1150]. De plus, bien que basée sur l'amortissement, la durée ne prend pas en compte l'amortissement fiscal qui, pourtant, permet au concessionnaire de compléter son amortissement industriel et donc de réduire le délai global d'amortissement des investissements.

534. Le concept de durée endogène connait diverses applications dans des contrats assimilés à la concession à l'échelle internationale[1151] ou nationale dans le secteur autoroutier[1152]. Toutefois, sa compatibilité avec le droit actuel des concessions de service public n'est pas assurée pour tous les secteurs[1153]. En premier lieu, la loi du 29 janvier 1993 en son article 40 dispose que les contrats de délégation doivent être limités par une durée fixée après négociation avec les candidats. Selon le professeur RICHER, l'obligation de fixation de la durée est une condition de régularité de la procédure de délégation en ce qu'elle fait partie des caractéristiques essentielles du contrat. L'obligation de transparence dans la commande publique impose alors qu'une durée ferme du contrat soit connue avant sa signature[1154]. Cette approche est partiellement confirmée par la directive 2014/23/UE qui dispose que la durée « *maximale de la concession devrait être indiquée dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un des critères d'attribution du contrat.* »[1155].

[1150] *Ibid.*, p. 227.

[1151] COSSALTER (P.), *préc.*

[1152] *Supra.*

[1153] PEZ (T.), *préc*, § 579. L'auteur identifie que la durée variable est une pratique déjà courante en ce qui concerne les délégations de service public dans le secteur autoroutier. Il est notamment question des clauses de sauvegarde qui stipulent un allègement du cahier des charges du délégataire si le prévisionnel de fréquentation n'est pas atteint.

[1154] RICHER (L.), *préc.*, p.115.

[1155] *Préc.*, § 52.

535. On peut cependant voir deux ouvertures faites par le droit européen des concessions aux durées variables. En premier lieu, et à l'instar des propositions de ses partisans, la durée endogène induit toujours la fixation d'une durée plafond[1156] en deçà de laquelle, elle peut être ajustée et au-delà de laquelle, l'équilibre économique est irréversiblement rompu. La remarque vaut aussi pour la durée variable indexée sur l'avancement de l'amortissement. En outre, la directive et les textes de transposition ne visent la durée que par un maxima temporel. La durée ne saurait dépasser le temps raisonnablement escompté pour amortir les investissements et se rémunérer sur ces investissements par l'exploitation. L'objectif de la durée variable n'est pas tellement différent : elle s'ajuste à cet objectif d'équilibre financier sans pour autant annuler tout risque d'exploitation. La variabilité de la durée ne s'enclenche que dans des situations extrêmes où la durée est devenue trop courte par rapport au risque, ou trop longue par son extinction en tout ou partie. En coulissant[1157], la durée prend la mesure des investissements certains (renouvellements compris) et des investissements imprévus (personne publique). Elle évite les déséquilibres irréversibles et préserve la continuité du service public.

536. En second lieu, le droit des concessions précise clairement que la durée ne coïncide pas nécessairement avec la durée maximale estimée pour la récupération de l'investissement sous réserve, le cas échéant, d'une compensation indemnitaire[1158]. Là aussi, la directive n'est pas en désaccord avec le principe d'une durée variable. Il ne semble pas moins évident de préparer une remise en concurrence suite à la résiliation anticipée du contrat pour durée excessive, que de prévoir une durée qui s'adapte à la baisse ou à la hausse aux réalités économiques de l'exploitation. Au contraire, l'ajustement de la durée est un moyen pour éluder le risque de requalification des indemnités de sortie ou de résiliation anticipée comme des aides injustifiées et prohibées par le droit des aides d'État[1159].

[1156] *Supra.*

[1157] Selon une expression reprise de l'auteur, *Supra.*

[1158] V. *Supra*, A, 1.

[1159] Le professeur P. COSSALTER résume parfaitement cet objectif de la durée variable. D'abord, sous l'angle de l'abus de position dominante, car une concession de service public met en jeu des droits exclusifs et des infrastructures essentielles. Puis, sous l'angle des aides d'État, car le surprofit dégagé de manière injustifiée, peut s'analyser comme une aide prohibée et un avantage anticoncurrentiel. *D.A.*, n°5, Mai 2006, étude 9, *préc.*

537. Les personnes publiques doivent s'efforcer d'apprécier la durée, non comme un élément fixe, mais comme une donnée vivant au rythme de l'exécution du contrat. Cela est envisageable uniquement si la durée est conçue comme un élément interactif de l'équilibre économique, et donc empris du risque d'exploitation. Le rôle de la durée pourrait d'ailleurs être rénové et correspondre physiquement à l'exécution de la concession. En s'appropriant le risque d'exploitation en tant qu'ADN de sa détermination, la durée serait tantôt vectrice de réduction du risque excessif, tantôt vectrice d'accroissement du risque devenu marginal. Son adaptation rationnelle et plafonnée sécuriserait la stabilité des relations contractuelles tout comme son contrôle par le concédant. En cela, elle renforcerait l'équilibre économique des concessions de service public et de travaux publics.

Conclusion du chapitre II

538. Le temps, par l'ambivalence de ses effets sur le contrat, influence le risque d'exploitation et l'économie générale telle qu'appréciée en début d'exploitation. La volatilité du risque d'exploitation, donnée prévisible mais incertaine, n'est en régle générale appréciée et maitrisée que sous un aspect financier, rarement sous un aspect temporel. Car si les possibilités de prolongation ont été prévues par le droit, ce n'est que pour compenser ce que « les clauses financières » ne pouvaient absorber. Pourtant, l'élasticité de la durée est un atout face aux caractéristiques du risque dans les projets d'investissement. Elle suppose toutefois une approche des *risques et périls* ou du *risque d'exploitation* particulière : l'objectif est l'équilibre économique, non l'échec d'exploitation, ni l'excès d'exploitation. Au demeurant, la lecture *ultra petita* du droit des concessions n'interprète pas autrement l'équilibre économique. Bien que les contrats transfèrent un risque dont la nature même pourrait remettre en cause l'équilibre économique, ce risque est, en pratique, toujours maîtrisé par le couple concédant-concessionnaire. L'équilibre économique est donc toujours, peu ou prou, assuré. La cause est simple. Le contrat de concession de service public et de travaux publics, parce qu'il a pour objet le service public ne saurait, sauf exception, être mis en péril par la stricte logique économique et financière.

Conclusion du Titre II

539. L'inscription positive du transfert du risque d'exploitation comme critère qualificatif de la concession, quel que soit son objet, réhausse la position du risque au sein de la hiérarchie des éléments constitutifs de l'économie générale des contrats administratifs. Ainsi, en tant que donnée primale, elle induit la modélisation, l'évolution ou la rupture de l'équilibre financier contractuel. Ses incidences s'apprécient globalement ; l'interdépendance des éléments de définition de l'équilibre en est la raison. Le risque influe sur les recettes d'exploitation, sur l'amortissement des investissements, sur le profit espéré du concessionnaire, mais aussi sur la durée du contrat. Le postulat inverse est vrai mais plus dangereux ; la modification décalée des éléments de la définition du service public fragilise les fondations du contrat et *in fine* sa qualification juridique. Cependant, si la réalité du transfert du risque d'exploitation est le garant de la sécurité juridique du contrat, le flou conceptuel du « risque d'exploitation » entendu par la directive et les textes de transposition ne facilite en rien la tâche[1160]. Il faut alors convenir d'une définition du risque d'exploitation dans les contrats administratifs en adoptant une vision d'ensemble. Le risque d'exploitation est une donnée incertaine mais prévisible, extérieure aux parties car fondée sur les aléas du marché, pour partie maîtrisable, et qui doit être de nature à rompre l'équilibre économique contractuel sans qu'aucune mesure correctrice ne puisse être prise pour couvrir ses incidences financières. Cette définition du risque, si elle convient pour les « contrats de concession », est insuffisante pour les contrats de concession de service public et de travaux publics. Pour ces derniers, des mesures correctrices sont possibles ; l'intérêt général en est le curseur et la limite.

[1160] PEZ (T.), « Le risque, les concessions et les marchés », *R.F.D.A*, 2016, p. 237, *préc.*

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

540. La réflexion portée sur l'équilibre financier des contrats de concession de service public et de travaux publics est le fruit d'un syllogisme incontournable de la cause du contrat à sa dévolution. La synthèse simpliste, peut-être naïve, de ce raisonnament aboutirait à dire que sans intérêt général, pas de service public, et sans service public, pas de contrat portant gestion du service public, et donc pas de concession de service public. Pourtant, en approfondissant, la réflexion prend une toute autre mesure. L'assemblage du puzzle juridique donne une réelle compréhension du contrat et permet d'apprécier son équilibre financier. Ainsi, analyser la nature de l'activité de service public ne satisfait pas seulement le juriste publiciste nostalgique des jurisprudences ayant fait naître la distinction S.P.A./S.P.I.C, mais revient à faire un véritable exercice juridico-économique préalable à toute contractualisation sur son mode de gestion. La logique économique transpire ainsi du service public[1161] sans avoir pour effet de réduire l'intérêt général aux intérêts financiers. Au contraire, l'économie du service public donne des clés quant à la valeur de celui-ci pour la collectivité qui en a la compétence, pour l'usager qui en use et pour l'opérateur qui l'exploite. Cet éclairage est primordial dans l'élaboration de l'équilibre financier des concessions de service public et de travaux publics. La complexité est, ici, de prendre conscience de ces intérêts, et de les concilier dans un cadre juridique européen libéral. Tel est aujourd'hui le rôle de l'équilibre économique dans le contrat de concession induit par la rénovation du droit européen des catégories contractuelles[1162]. Le risque d'exploitation, notion qui ne s'applique qu'aux seules activités économiques, y est l'élement essentiel. En conséquence, la *mutation*[1163] des concessions de service public et de travaux publics passe par la mutation de l'objet principal, le service public. Si les particularités de l'intérêt général sont préservées, elles sont désormais appréciées à l'aune de l'économie et du marché, et intègrent l'équilibre économique par la voie de correctifs financiers conditionnés par le droit de la concurrence.

[1161] LE BERRE (C.), « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.,* 2008, p. 50.

[1162] La directive 2014/23/UE dispose sur les contrats de « concessions » des pouvoirs adjudicateurs et non sur les contrats de concessions d'activités d'intérêt général ou de service public.

[1163] V. SYMCHOWICZ (N.), *La mutation des procédés contractuels des personnes publiques : le recours aux « montages contractuels complexes »*, *préc.*

SECONDE PARTIE :

LA PERMANENCE NÉCESSAIRE D'UN ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE

541. Dans sa thèse, Laurent VIDAL exprime que « *l'équilibre parfait des prestations n'étant presque jamais réalisé, décider que la correction du déséquilibre doit nécessairement l'emporter sur la valeur de l'engagement librement consenti aboutirait à remplacer une forme d'injustice par une autre* »[1164]. Cette formule ici employée par L. VIDAL renvoie aux difficultés de définir l'équation financière dans un rapport strict d'équilibre. L'équation est l'expression d'une équité conventionnelle[1165], sans jamais avoir la prétention d'une égalité des contreprestations[1166]. Toutefois, il faut convenir que l'effort de correction du déséquilibre ne crée pas la même injustice selon qu'elle est supportée par la personne publique, représentante de l'intérêt général, ou par le cocontractant, généralement entité privée qui poursuit son intérêt personnel. Le contrat de concession a d'abord pour objet la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, le service public, avant toute considération d'ordre économique et financière. Mais, s'il existe une priorité d'intérêt, il est nécessaire de ne pas éluder l'existence d'un véritable attrait économique de ces contrats[1167], et de leur pouvoir financier, celui de transférer une activité rentable lorsqu'elle est bien gérée[1168].

[1164] VIDAL (L.), Thèse, *préc.*, p. 19.

[1165] Il s'agit de son rôle et de sa nature selon l'auteur, *ibid.*, p. 99 à 100.

[1166] Selon le dictionnaire Larousse, *équitable* est la recherche de l'équité qui, en soit, est une recherche de justice et d'impartialité. Là est toute la différence avec l'égalité qui est la mise à un même niveau en droits ou en fait de deux individus.

[1167] « *L'importance économique des secteurs couverts par la délégation de service public explique qu'elle représente de lourds enjeux tant pour les entreprises qui en font métier, que pour l'activité économique générale et les conditions d'exercice des missions de service* public », AUBY (J.-F.), *La délégation de service public*, *préc.*, p.5.

[1168] « *Par définition, un dispositif de ppp doit articuler la rationalité de la puissance publique et celle d'un opérateur privé. Celui-ci a pour fonction objectif le profit de l'opération, un profit évidemment actualisé et, le cas échéant, enrichi par la prise en compte de l'incertitude. La fonction objectif de la puissance publique est la variation actualisée de l'utilité collective qui prend en compte, outre le profit de l'opérateur, des éléments comme la dépense publique, les surplus des usagers ou les effets sur l'environnement. Nombre de paramètres sont susceptibles de jouer différemment sur les deux fonctions objectifs, ne serait-ce que la tarification d'usage de l'équipement qui n'est généralement pas la même selon qu'elle optimise le profit de l'opérateur ou l'utilité collective* », BONNAFOUS (A.), « Tarification optimale et formes contractuelles dans un programme d'infrastructures en PPP **»,** *Rev. Éco.*, 2001/5, vol. 62, p. 184.

542. Pour étudier la problématique de l'équilibre imparfait et des dérives vers le déséquilibre économique, il convient d'avoir une vision d'ensemble suffisante pour pouvoir tirer des conséquences favorables à la correction des erreurs et anomalies tirées de l'équilibre consensuel. En premier lieu, l'équilibre économique ne peut être parfait, parce que la concession est par essence un contrat déséquilibré, conciliant deux pouvoirs de différentes natures. Dans ses recherches sur les contrats déséquilibrés[1169], V. LASBORDES présente deux types de déséquilibre, le déséquilibre en pouvoir et le déséquilibre en valeur. Le contrat de concession s'accomode de ces deux déséquilibres. Tous les contrats administratifs sont déséquilibrés en pouvoir juridique[1170]. En ce sens, et on n'ira pas plus loin dans la démonstration, par l'exorbitance[1171] qui les imprégnent, la personne publique détient le « *pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un partenaire qui n'est en mesure de discuter et qui risque, de ce fait, d'être contraint d'accepter des conditions contractuelles désavantageuses* »[1172]. Toutefois, l'évolution du droit des contrats administratifs, avec l'insertion systématique de procédures de mise en concurrence ou de négociation dans les contrats de délégation de service public[1173], tend clairement vers la réduction de ce déséquilibre, jusqu'à interroger sur la standardisation et la spécialisation de ces contrats[1174].

543. *A contrario*, le déséquilibre en pouvoir économique, lui, s'accroît d'autant qu'il est déconnecté du droit, et indexé sur la puissance économique des partenaires. Dans le cadre d'un partenariat public-privé, ce déséquilibre est d'ailleurs complet car l'absence concrète d'évaluation préalable sur la pertinence du recours à l'externalisation, fait que les personnes publiques avouent une dépendance à l'investissement privé pour financer des équipements

---

[1169] LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, P.U.A.M., 2000.

[1170] « *Le contrat administratif est par nature déséquilibré en pouvoirs, l'accent est mis sur l'équilibre en valeur* », **VIDAL** (L.), Thèse, *préc.*, p. 39.

[1171] LAMARQUE (J.), *Le déclin du critère de la clause exorbitante*, *in Mélanges offerts à Marcel WALINE*, Paris : L.G.D.J., 1974, p. 497 et s.; T.C., 5 juill. 1999, req. n°03142, *Commune de Sauve* et T.C., 5 juillet 1999, req. n°03167, *Union des groupements d'achats publics*, *R.T.D. com.* 1999, p. 852, note ORSONI (G.).

[1172] LASBORDES (V.), *préc.*, p. 211

[1173] « *Le principe de libre négociation résulte de la lettre même de la loi Sapin : les offres présentées par les candidats sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire (C.G.C.T., art. L. 1411-1) »,* CANTIÉ (C.), Fasc. 760 : Concession de service public.- Opportunité et implications du recours au contrat global, *J.-CL. Collectivités territoriales*, cote : 04,2010, 1er avril 2010, p. 35.

[1174] Nota., ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.,* n°10, Octobre 2010, étude 9.

publics. Or, il y a ici un effet pervers. La réduction des dotations aux budgets publics, et la professionnalisation des acteurs privés, font que le rapport de puissance économique est rompu[1175] au profit des *majors concessionnaires*[1176].

544. Quant au déséquilibre en valeur, il s'agit des conséquences du déséquilibre en pouvoirs constatés. Le service public, objet du contrat, est grevé d'un intérêt général qui est plus ou moins fort et dont les incidences économiques se révèlent par les obligations de service public vectrices de valeurs sociales[1177]. De même, l'exorbitance juridique du contrat de concession impose des contraintes d'exploitation au cocontractant qui ne peut en contester l'application. Il doit toujours assurer ses obligations, même s'il subit des évènements imprévus ou imprévisibles ; seule la force majeure est libératoire. Mais en parallèle, le concessionnaire, qui agit comme un *professionnel*, dispose de toutes les compétences et de toutes les informations pour utiliser l'équilibre économique de manière opportune, et en tirer un profit parfois extracontractuel.

545. L'équilibre économique est, une fois ces considérations prises, le véritable métronome du contrat de concession qui exerce une force de correction permanente des déséquilibres en afin d'en conserver la consistance. De cette manière, et pour assurer l'intérêt du soumissionnaire, l'équilibre économique organise l'économie générale du contrat afin d'assurer au futur partenaire un « *déficit limité* »[1178]. C'est en ce sens que le droit et la jurisprudence, admettent que l'équilibre économique soit atteint par la voie de la prévention et

---

[1175]« *L'inégalité des parties confère au cocontractant en situation de force, le pouvoir d'imposer une volonté à un partenaire* (…), *le privant de toute possibilité de négocier* », LASBORDES (V.), *préc.*, p. 214.

[1176] Si nous prenons l'exemple des concessions d'autoroutes, le constat est éloquent puisqu'à lire le rapport de la Cour des Comptes « *les contrats de plan ne comprennent pas de clause permettant à l'État de connaître le coût réel de tous les investissements compensés ni le budget consacré à l'entretien du patrimoine* » ; et de poursuivre, « *Or, si la nature du contrat de concession, qui fait peser le risque sur le concessionnaire, ne peut permettre au concédant de « récupérer » la différence entre le coût prévisionnel et le coût réel des investissements, il n'en demeure pas que la connaissance des coûts réels est indispensable afin de donner à l'État la possibilité de négocier dans de bonnes conditions des investissements ultérieurs* », Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Juillet 2013.

[1177] « *Il faut rappeler ici que la tarification sociale des services publics (au sens strict c'est-à-dire fondée sur des critères sociaux, et ne consistant pas simplement dans un tarif qui croît avec la consommation) n'est possible que lorsque la loi l'a explicitement autorisée : faute de quoi, si on veut aider les personnes démunies à disposer du service parce qu'on le juge essentiel, il faut passer par des mécanismes d'aide sociale, des dispositifs anti-coupure, etc* »**,** AUBY (J.-B.), « Tarification sociale des services publics », *Dr. adm.*, n°6, Juin 2014, repère 6.

[1178] COSSALTER (P.), Thèse, *préc.*, p. 755.

de la compensation. L'objectif est de maintenir le contrat dans des conditions d'exploitation suffisantes pour que le concessionnaire ne soit jamais lésé par des aléas qu'il n'a pas à supporter, et que le concédant puisse assurer à ses usagers des conditions d'exploitation satisfaisantes au regard de l'intérêt général (**Titre I**).

546. L'équilibre économique n'est cependant pas uniquement un outil qui assure le maintien d'une économie contractuelle favorable au cocontractant. L'équilibre est une donnée partagée et non asymétrique. En cela, il n'est pas un droit invocable par le seul cocontractant, mais une obligation qu'il se doit de respecter au regard du prévisionnel et des informations qu'il transmet. Or, cette fonction régulatoire est souvent mise de côté par les autorités concédantes. Il faut œuvrer en ce sens et redéfinir ce qu'est l'équilibre économique dans les concessions de service public et de travaux publics. Cela commence inévitablement par une phase préalable d'évaluation du mode de gestion et du mode contractuel à partir d'instruments utilisés par le marché. En effet, pour mieux négocier et mieux réguler l'équilibre économique, les autorités publiques doivent dépasser l'approche seulement *administrativiste*. La notion de profit en est un exemple parfait. Longtemps exclu, le profit tiré de l'équilibre économique doit être réutilisé aux fins d'évaluation et de contrôle des contrats. On voit dans l'intégration de la notion de profit une source de sécurité juridique et financière bienfaitrice pour les concessions. C'est aussi une possibilité d'introduire une nouvelle idée du *bénéfice raisonnable* pour en faire un seuil qui satisfait la pérennité de l'équilibre, et une limite qui en conserve la légitimité (**Titre II**).

Titre I.- Le maintien d'un équilibre économique

Titre II.- Un équilibre économique à redéfinir

Titre I - Le maintien d'un équilibre économique

547. Les éléments précédemment définis, que sont le risque d'exploitation, la durée et la valeur du droit d'exploiter, sont rarement suffisants pour établir un véritable équilibre économique. L'ambiance « *exorbitante* »[1179] qui grève le contrat de concession, tout à fait étrangère au droit commun des contrats, apparaît comme un frein à la *bancabilité* du projet. On peut alors distinguer deux approches pour y remédier.

548. L'une est simple et consiste à établir strictement l'équilibre économique par les matériaux principaux : réduction du risque d'exploitation, allongement de la durée d'exploitation, ajustement au plus fort des tarifs du service public, voire création d'une activité complétementaire pour générer des suppléments de recettes commerciales. Cette approche tend donc à utiliser pleinement le contrat, et à normaliser le service public en activité purement économique. Le résultat est une autogestion financière, une équilibration de l'activité par l'activité. L'équilibre se fait selon le marché et par le marché.

549. L'autre approche, plus nuancée, reconnait les spécificités de la notion de service public et des obligations qui lui sont attachées. Ces dernières, objet du déséquilibre face à l'attente normale du marché économique, se voient estimées, valorisées, proportionnées, et au final compensées. L'intervention supplémentaire de la personne publique s'impose. Telle est la conception des obligations de service public qui, en matérialisant une économie des sujétions de service public, tendent à rétablir l'égalité entre opérateurs placés dans des situations incomparables. L'équilibre économique se fait avec le marché et dans la limite du marché.

550. Aussi, bien qu'établi, l'équilibre économique n'est pas une donnée intangible. Au contraire, l'équilibre du contrat administratif s'insère dans un environnement qui est vecteur de déséquilibres. Les sujétions du service public interdisent ici que le cocontractant soit libéré de ses obligations, mais lui accordent une contrepartie financière compensatrice à laquelle un cocontractant classique ne pourrait prétendre. L'application différenciée entre les contrats de

---

[1179] Sur l'utilisation de cette notion : C.E., sect., 19 janv. 1973*, Sté d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Leb., 1973,* p. 48 ; *C.J.E.G.*, 1973, p. 239 concl. ROUGEVIN-BAVILLE (M.), note CARRON (A.); *Rev. adm.,* 1973, p. 633, note AMSELEK (P.) ; *A.J.*, 1973, p. 358, chron. LÉGER (D.) et BOYON (D.) *; J.C.P.G.*, 1974, II, 17629, note PELLET (A). V. *D.A.*, n°3, Mars 2009, étude 5, GARRIGUE-VIEUVILLE (M.).

droit commun et contrats administratifs de la théorie de l'imprévision[1180], de l'exception d'inexécution, de la mutabilité du contrat, ou de la résiliation[1181] en est une illustration.

551. Force est toutefois de constater que, toute particularité d'intérêt général admise, la concession de service public demeure être, prioritairement, un contrat. Cette affirmation, loin d'être tautologique, a vu ses incidences consacrées par la directive concession[1182], et se matérialiser par la place grandissante accordée au consensualisme. La liberté contractuelle et l'anticipation deviennent la règle[1183]. Celle-ci n'a de limite que l'imagination des parties et le respect des dispositions d'ordre public[1184]. Ainsi, toute clause est négociable sauf à éteindre l'usage des prérogatives irréductibles de l'autorité publique[1185].

552. En définitive, l'exorbitance du contrat de concession révèle une dualité. Elle crée, en imposant au concessionnaire certaines conditions défavorables d'exploitation, le déséquilibre économique. Mais, en contrepartie, l'exorbitance accorde des conditions plus favorables que celles accordées par le marché, favorisant l'équilibre économique[1186]. De la sorte, la compensation[1187] est le mécanisme privilégié pour construire ou reconstruire l'équilibre

---

[1180] C. civ., Art. 1195 ; C. cass., civ., 6 mars 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélissane* dit *« Canal de Craponne »*, *D.* 76. 1, p. 193, note GIBOULOT ; C.E., req. n°59928, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Leb.* p. 125, *préc*.

[1181] La résiliation, même en l'absence de faute contractuelle, n'est pas synonyme d'indemnisation du cocontractant lésé, C. cass., Civ. 1ère, 17 févr. 2011, req. n°10-13.980, Bull. civ. III, n° 386 ; *R.D.C.*, 2011, p. 832, obs. GENICON (T.). Or, le principe dans les contrats administratifs est l'indemnisation automatique du cocontractant, T.A. Nice, 9 nov. 2007, req. n° 0305563, *S.A. du Parking de la Promenade du Papillon c. Ville de Nice*, *préc.*

[1182] La concession de service public est une concession qui, elle-même, est une forme de contrat passé par les pouvoirs adjudicateurs, indépendemment de sa qualification en contrat administratif ou en contrat de droit privé.

[1183]ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *préc.*

[1184] C. civ., Art. 1102.

[1185] V. BRENET (F.), « Nouvelle définition de la clause « exorbitante » », *Dr. adm.* , n°1, Janvier 2015, comm. 3 ; « Regards croisés droit public / droit privé : qu'est-ce qu'une clause exorbitante de droit commun ? », entretien par F. BUY et C.-A. DUBREUIL, *J.C.P.A.*, n°6, 10 Février 2014, p. 2033 ; ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.*, n°10, Octobre 2010, étude 9 ; LAMARQUE (J.), « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : L.G.D.J., 1974, p. 497 et s.

[1186] « (…) *l'exorbitance d'une clause se mesure aussi bien en termes de prérogatives en plus que de prérogatives en moins pour la personne publique contractante* », BRENET (F.), *préc.*

[1187] Pour un exemple récent, le Conseil d'État a validé les décrets relatifs à la compensation financière des sociétés concessionnaires d'autouroutes pour des investissements nouveaux, ceux-ci ne relevant pas de « l'exploitation normale »,

économique d'un contrat grevé de sujétions créatrices du déséquilibre. Mais, dans cette seconde hypothèse, faut-il encore que l'équilibre économique soit réparable (**Chapitre I**). Ainsi, lorsque le déséquilibre est irréversible, il n'est d'autre solution que d'établir les responsabilités, d'organiser la fin du contrat, et d'évaluer les hypothèses substitutives permettant la continuité du service public (**Chapitre II**).

C.E., 23 déc. 2016, req. n°397096 et s., *M. G. et autres*, *inédit*. Cette décision doit être rapprochée des avis rendus par l'ARAFER en juin 2017 et qui, sur ce point, relève qu'il n'est pas systématiquement démontré que les investissements soient nouveaux et/ou justifiés sur le fondement de l'article L.122-4 du code de la voirie routière.

Chapitre I - La compensation pour reconstruire l'équilibre

553. Le trait particulier de la concession de service public et de travaux publics est particulièrement prononcé pour le cocontractant de la personne publique. Celui-ci doit s'engager, par le contrat, à exploiter le service et offrir aux usagers une qualité maximum selon le cahier des charges « imposé »[1188] par la personne publique. Il doit aussi accepter des conditions d'exécution qui le dépassent[1189] et qui dépassent parfois même le cadre contractuel. En ce sens, et au-delà du contrôle de la gestion[1190], le cocontractant subit l'exorbitance[1191] qui se manifeste par des possibilités de modifications spontanées d'intérêt général.

554. Le contrat de concession, contrat administratif, se démarque des contrats communs d'exploitation et des contrats d'entreprise. Il est un contrat qui, a de nombreux points de vue, est exceptionnel pour tout opérateur économique habitué à contracter selon les règles du marché. Une interrogation pourrait alors être soulevée. Pourquoi donc un cocontractant viendrait à s'engager si fortement, et se contraindre pour obtenir un contrat de gestion du service public, lui-même grevé de nombreuses sujétions particulières inexistantes dans les activités privées ? Une première réponse a pu être apportée précédemment. Elle réside dans une démocratisation économique du service public, et sa perception comme objet du marché, sujet à rentabilité et profits[1192]. Toutefois, cela ne répond pas pleinement à la question. Car, tout opérateur économique, quelle que soit son aversion au risque, n'est pas prêt à s'engager sans le *minima* de liberté que nécessite la réalisation de ses objectifs par l'exploitation. Il n'est pas non plus prêt à supporter des risques d'exploitation qui ne sont pas transposables à l'universalité des opérateurs du marché sans obtenir une quelconque « récompense ».

[1188] Selon L. DUGUIT, le service public est une « *activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, et contrôlé par les gouvernants parce qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* », *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Paris : Ancienne Librairie et Fontemoing et Cie, 1928, t. 2, p.61.

[1189] « *La qualification d'un acte de concession de services implique donc le constat que la prestation de services est soumise à des exigences spécifiques définies par l'autorité concernée, et que l'opérateur économique n'est pas libre de renoncer à cette prestation.* », conclusions de l'avocat général MACIEJ SZPUNAR du 25 février 2016 sous C.J.U.E., 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa srl e.a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a.*, *préc.*

[1190] C.E., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, *préc.*

[1191] SAILLANT (E.), *L'exorbitance en droit public*, p. 270 à 272.

[1192] V. *Supra*., Première Partie, Titre I, Chapitre 1.

555. On peut distinguer deux catégories de récompenses pour le cocontractant. La première est paramétrée par le marché lui-même et se soumet à cet égard aux exigences du droit de la concurrence. En somme, le gestionnaire du service, lorsque l'exploitation est grevée d'obligations de service public, dispose de droits économiques préférentiels. D'abord, il peut obtenir une protection de l'autorité concédante, qui est en mesure de lui octroyer des avantages d'exploitation, jusqu'à lui constituer un monopole d'exploitation sur son territoire[1193]. Puis, par la décision *Altmark trans.*, le juge a autorisé les financements de sujétions dits compensations d'obligations de service public, dans la limite d'un contrôle de proportionnalité[1194], liant transparence des coûts et faisabilité économique. Cette première catégorie est, en son ensemble, un moyen de compenser financièrement toutes les obligations de service public non détachables de l'exploitation (*Section 1*).

556. La seconde catégorie de récompenses, est que le cocontractant n'est pas abandonné par la personne publique, et se voit garantir sur toute la durée d'exploitation les droits qu'il tire du contrat. En l'occurrence, il subit la puissance publique mais en trouve une contrepartie économique par la voie indemnitaire. Car l'exorbitance du contrat profite aussi au cocontractant. Par exemple, il est préservé contre la mutabilité de l'objet contractuel. Il est, et c'est là une démarcation encore actuelle avec les contrats de droit privé[1195], préservé des aléas imprévisibles survenant en cours d'exécution à la différence prêt qu'il est, hormis cas de force majeure, tenu de continuer d'exploiter. Le cocontractant est, de manière systématique, indemnisé des contraintes particulières d'exploitation, soit par le contrat, soit par un principe assurant l'équilibre financier du contrat administratif (*Section 2*).

Section 1 - La compensation financière des obligations de service public

557. Dans ses travaux *Du service public à l'obligation de service public*[1196], S. ZIANI retrace l'évolution du contenu de l'activité de service public et son appréhension par le droit et l'économie. L'auteur distingue ainsi la notion de service public et la notion d'obligations de service public. La première, très spécifique au droit français, s'exprime par un objet d'intérêt

---

[1193] T.F.U.E., Art. 106 § 2.

[1194] CHARBIT (N.), « Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam », *Gaz. Du Palais,* 8 juin 2000, n°160, p. 18.

[1195] C. civ., Art. 1195.

[1196] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, L.G.D.J., 2015, 435 p.

général, socle de sujétions particulières qui se définissent par et pour la société. C'est ainsi que le service public est un outil de l'autorité publique, pour affirmer ou consolider la cohésion sociale. Les Lois de Rolland n'ont ici pas d'autres objectifs : un service égalitaire, adaptable dans le temps pour toujours correspondre aux besoins des usagers, et continue pour toujours les satisfaire.

558. En parallèle de cette notion construite sur un aspect « humain » du service, l'auteur explique la finalité de l'obligation de service public qui n'est autre que la représentation, par des termes économiques, des sujétions attachées au service public supportées par les gestionnaires[1197]. Tel est le cas des entreprises de réseaux ou des établissements publics de réseaux qui, au-delà de la finalité d'intérêt général, se devaient d'établir les coûts et leurs effets sur la rentabilité de leur activité économique[1198]. L'avènement du marché unique et l'harmonisation européenne des réglementations sur les activités économiques ont, aussi, renforcé cette approche économique du service public. Car, si la notion de service public n'est pas commune à tous les États membres, chaque État est confronté aux coûts supplémentaires engendrés par les particularités d'exploitation des services d'intérêt général, et dont le contenu est aujourd'hui plus vaste que celles reconnues par la tradition française du service public[1199].

559. En outre, en tant que mode de gestion d'une activité d'intérêt général, le contrat de concession de service public est le lieu de rencontre de la notion de service public et de celle d'obligations de service public. Plus précisément, l'équilibre économique du contrat adapte ces particularités par la contrepartie du gestionnaire. Parce que le contrat ne saurait être déséquilibré, mais qu'il l'est *par nature* avec la présence d'obligations de service public, le contrat doit créer un équilibre économique superficiel. Il le fait par la voie de la compensation, dont les modalités de déploiement sont aujourd'hui solidement ancrées dans le financement du service public (§1). Toutefois, les compensations des obligations de service public ne sont pas toujours suffisantes pour permettre une exploitation dans des conditions normales pour le concessionnaire. Dans certaines hypothèses, le contrat peut prévoir des aides

---

[1197] V. *Supra*, Première Partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B.

[1198] *Ibid.*, p. 104 et s.

[1199] *Ibid.*, v. aussi, CASSIA (P.), « Service public français et droit communautaire », *L.P.A.*, 4 Juill. 2002 ; n°133, p. 4 ; GUGLIELMI (G.-J.), KOUBI (G.), « La notion de service public en droit européen », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1783.

publiques dont les formes varient, mais dont la présence est nécessaire pour le bon fonctionnement du service (§2).

Paragraphe 1 - La compensation des obligations du service public concédé

560. Pour le droit européen, rien ne s'oppose à ce que l'activité publique soit de même nature qu'une activité économique poursuivie comme une entreprise, et dont le fonctionnement et l'exercice se conforment, en substance, aux règles communes du marché. En cela, les traités européens sucessifs ont établi des règles relatives à la concurrence qui régulent les interventions économiques des États membres. L'interventionnisme économique n'est pas exclu, mais ne saurait être discrétionnaire ou déraisonné. Il ne peut être discrétionnaire car les règles sont fixées directement par les traités ; autrefois par les articles 81 à 89 T.C.E., désormais aux articles 101 à 109 T.F.U.E. Il ne peut non plus être déraisonné, car depuis l'intégration de l'ordonnance du 1er décembre 1986 au bloc de légalité administrative, les personnes publiques exercent leurs compétences dans un esprit ouvert aux règles de la concurrence. Leurs décisions n'ont pas à interférer avec la sphère économique de manière contraire aux règles de la concurrence[1200].

561. En outre, la concession de service public, si elle est un contrat conclu entre deux ou plusieurs parties, n'en est pas moins l'étape finale d'une succession de décisions administratives[1201]. Sa constitution, son organisation et son exécution sont fondues dans cet environnement concurrentiel qui, en substance, prohibe l'aide publique[1202] au profit d'une économie de l'activité par les seuls moyens du marché (A). Toutefois, la rigidité de ce principe[1203] néolibéral n'est qu'apparente. En matière de services d'intérêt économique général, le droit européen manifeste les particularités de l'intérêt général par des exceptions justifiées par les conditions particulières d'exploitation. Cette conscience économique de l'intérêt général justifie certaines aides publiques directement versées à leur gestionnaire, ou

---

[1200] C.E., Sect., 3 nov. 1997, req. n°169907, *Société Million et Marais*, *Leb.* 1997, p. 406 ; *A.J.D.A.*, 1997, p. 12.

[1201] La première est d'ailleurs celle qui délibère sur le principe même d'une concession, C.G.C.T., art. L.1413-1.

[1202] KARPENSCHIF (M.), « Quand le droit européen des aides d'État s'invite dans le contentieux des délégations de service public », *J.C.P.A.*, n°41, 15 Octobre 2012, p. 2326.

[1203] Pour le professeur NICINSKI, il n'est pas « *d'interdiction de principe aux aides publiques* », mais il existe « *une large incompatibilité assortie de dérogation* », *Droit public des affaires*, *préc.*, § n°418.

autorise les personnes publiques à définir des compensations d'obligations de service public, contreparties de sujétions précises et prédéfinies (B).

A. L'exception d'intérêt général pour les aides versées aux gestionnaires de SIEG

562. En interdisant aux personnes publiques de dispenser des aides publiques, le droit européen veille à limiter les distorsions de la concurrence sur des secteurs donnés. Or, le levier de création d'un service public facultatif pour une personne publique est, notamment, l'inefficience ou l'insuffisance de l'initiative privée sur le marché[1204]. Le service public est une activité d'intérêt général parce qu'il n'est qu'imparfaitement pris en charge par les particuliers. Cet abandon par la sphère concurrentielle s'explique par les sujétions qui grèvent l'activité. Le service public, né du désintérêt de la sphère concurrentielle, est légitime à induire l'octroi d'aides publiques ou de compensations d'obligations de service public[1205]. L'équilibre économique des concessions intègre ces aides, ce que le juge européen a confirmé puisque s'il n'est pas de « *principe général de protection du concessionnaire* »[1206], il existe bien « *une obligation minimale de protection du concessionnaire contre la concurrence, afin de garantir, au-delà de celui-ci, le service public lui-même* »[1207]. La difficulté est alors d'en définir la limite (1), et de définir le volume d'aides proportionnellement aux exigences du service public. Car, en pratique, l'équilibre économique des concessions est systématiquement abondé de droits et avantages favorables au concessionnaire (2).

1. L'aide d'État imposée et limitée par la concurrence

563. La question des aides d'États dans le financement des services publics est perpétuelle[1208]. La présence même d'une personne publique induit l'existence peu ou prou, de

---

[1204] Jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *préc.*

[1205] Le juge européen a rappelé en ce sens que l'octroi de compensations d'obligations de service public n'est possible que si la carence de l'initiative privée pouvait être justifiée et, qu'en ce sens, seule le gestionnaire récipiendaire remplissait les obligations de service public dont découlent les surcoûts. Tel n'était pas le cas dans l'affaire relative au transport maritime par voie de ferry reliant la métropole à la Corse, tant pour l'activité classique que pour les activités complémentaires de liaison rapide. Dans ce cas, les aides versées sont des aides d'État qui doivent être compatibles avec les traités, v. T.P.I.U.E., 1er mars 2017, aff. T-366/13, *République française c. Commission européenne* et aff. T-454/13, *SNCM c. Commission européenne*.

[1206] C.E., 10 oct. 2007, req. n°255213, *Société SPS Tarbes*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1959.

[1207] JONGUELET (J.-P.), GIPOULON (J.-F.), CADENAT (P.), *A.J.D.A.*, 1993, p. 97.

[1208] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 289, 2015, (672 p.).

moyens ou de ressources publiques qui ne peuvent être, bien que délégué, dissociés du service public. En outre, le choix de l'autorité publique de mettre fin à une gestion directe du service public pour en transférer la gestion à un tiers, n'entraîne pas de rupture totale avec les moyens financiers préalablement mis en œuvre. Cela se vérifie dans de nombreuses affaires portées devant les juges européens, où la reprise par le gestionnaire de moyens et d'infrastructures pour l'exploitation du service public, n'est pas sans soulever des interrogations quant aux effets sur la concurrence[1209]. L'une des conséquences est, par exemple, la remise en question du modèle de gestion par des établissements publics, ou subséquemment par des entreprises publiques[1210] réputées avantagées par rapport aux opérateurs qui agissent sur le même marché.

564. Toutefois la qualification d'aide d'État n'est pas en elle-même contraire au droit de la concurrence. Seule l'aide d'État incompatible avec les objectifs des traités est prohibée. L'article 107 § 1 du T.F.U.E. dispose ainsi 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* ».

565. L'activité de service public n'échappe pas à cette règle. Le droit européen ne distingue pas, à travers le terme de productions, les biens ou services. Seule la nature économique de l'activité prévaut. L'activité de service public, lorsqu'elle est de nature économique, entre dans les règles de la concurrence. C'est d'ailleurs par ce sens de la règle qu'il a été considéré que les personnes publiques avaient, dans les limites de leur compétence, un domaine d'action étendu et identique aux opérateurs privés. L'égale concurrence[1211], ce n'est pas tant le droit

---

[1209] Nota., T.P.I.C.E., 7 juin 2006, aff. T-613/97, *UFEX e. a . c. Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, p. II-1531 ; C.J.C.E., 24 oct. 2002, aff. C-82/01, *ADP c.Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-9297.

[1210] *C.J.U.E.*, 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne, Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *R.L.C.*, juillet 2014, n° 40, note CHEYNEL (B.) ; *A.J.D.A.*, 2014, p.1147, chron. AUBERT, BROUSSY, CASSAGNABÈRE ; *D.A.*, 2014, n° 7, comm. 42, comm. BAZEX (M.) ; *A.J.D.A*, 2014, p.1242, chron. LOMBARD ; *J.C.P.A.*, 2014, p.2160, note ECKERT (G.). V. aussi, pour l'étude de présomption des effets illictes de la garantie illimitée de l'État vers les EPIC, T.P.I.U.E., 26 mai 2016, aff. n°T-479/11 et T-157/12, *République Française et IFP Énergies nouvelles c. Commission*, *A.J.D.A.*, 2016, p. 1099 ; *Europe*, n°7, Juillet 2016, comm. 246, note IDOT (L.). V. aussi, KARPENSCHIF (M.), « Les ÉPIC dans tous leurs états », *J.C.P.A*., n°31-35, 27 Juillet 2009, p. 2197.

[1211] C.E., avis, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *préc.*

d'intervenir sur le marché, que l'obligation de se conformer en toute circonstance à ses règles[1212].

566. Ainsi, le financement d'une activité de service public trouve son fondement et ses limites dans le droit de la concurrence. L'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris*[1213] fait ce lien. Le service public peut naître « *notamment* » de la carence de l'initiative privée. Cette carence justifie des moyens publics et des conditions d'exploitation exceptionnelles. Mais ces moyens ne sont justifiés que dans les limites qu'imposent la liberté de commerce et d'industrie et le droit de la concurrence. En d'autres termes, le service public est exploité dans des conditions particulières qui nécessitent des financements publics, mais l'utilisation de ces financements ne doit pas contrevenir à la sphère concurrentielle. Le droit accepte que, pour être économiquement viable, la personne publique gère ou délègue l'activité dans des conditions préférentielles. *A contrario*, ces conditions préférentielles ne sont plus justifiées lorsque leur utilisation est contournée, par exemple, vers une activité sans contrainte particulière d'exploitation[1214].

567. L'hypothèse de la « subvention croisée »[1215], l'illustre parfaitement[1216]. Elle est la conséquence d'une aide publique versée au profit d'une activité d'intérêt général, mais son utilisation a été déviée, et profite à une activité purement concurrentielle. Dans une

---

[1212] C'est l'interprétation que donne « *la concurrence dans le marché* » et « *la concurrence pour le marché* », DE FONTENELLE (L.), *Les personnes publiques prestataires de service marchand*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, p. 6. V. KARPENSCHIF (M.), « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *J.C.P.A.*, n°1, 7 Janvier 2013, p. 2002.

[1213] C.E., Ass., 31 mai 2006, *préc.*

[1214] Le juge semble toutefois faire un lien direct entre surcoût des obligations de service public et carence de l'initiative privée. Dès lors, la démonstration de la carence est un argument fort dans la justification des C.O.S.P. et leur sécurisation, v. T.P.I.U.E., 1er mars 2017, aff. T-366/13 et T-454/13, *préc.* En ce sens, « *Partant, il convient de conclure que c'est à bon droit que, dans la décision attaquée, pour vérifier le respect du premier des critères Altmark, la Commission a considéré que « le champ du service public tel que défini par un contrat de service public [devait] être nécessaire et proportionné par rapport à un besoin réel de service public, démontré par l'insuffisance des services réguliers de transport dans des conditions normales de marché* », §101.

[1215] Pour une étude détaillée, voir Conseil d'État, rapport public, 2002, jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence, études et documents, n° 53.

[1216] Sur ce point, BARTHELEMY (C.), « Coûts incrémentaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public », *R.J.E.P.*, n°621, Juin 2005, 100044.

concession, une telle pratique est susceptible d'entraîner la qualification d'abus de position dominante[1217] du concessionnaire.

2. La systématicité de l'exception de l'article 106 § 2 du T.F.U.E. dans les concessions

568. Régulés par le droit de la concurrence, les services publics ont une valeur économique, marchande, qui est l'objet d'un marché à part entière dans l'espace européen. Le droit des traités n'oublie pourtant pas les spécificités des services publics qui ne peuvent être tout à fait assimilés à des activités économiques classiques. L'article 106 § 2 T.F.U.E. dispose ainsi que « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.* ». Deux remarques s'imposent. La première, c'est que le droit de la concurrence n'est pas totalement exclu de la gestion des services d'intérêt économique général. Le droit s'applique pour autant qu'il ne fasse pas obstacle à la gestion du service[1218]. La seconde, c'est qu'il est primordial de définir les qualités du service et son mode de fonctionnement et de faire ici transparaitre la particularité des missions du service.

569. Dans les concessions de service public, le contrat impose des sujétions d'exploitation automatiques, les principes des Lois de ROLLAND[1219]. En plus de leur compensation financière dans les comptes du gestionnaire, ces obligations de service public doivent être préservées tout au long de l'exploitation. Pour ce faire, les contrats de concession de service public organisent quasi systématiquement une exclusivité d'exploitation au gestionnaire[1220], limitée au périmètre du service public[1221] et justifiée par les conditions d'exploitation[1222].

[1217] C.E., 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, *préc.*

[1218]Particulièrement lorsque la concession est attribuée selon le modèle du « *in house* », C.J.C.E., gd. ch., 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti, Rec. C.J.C.E.*, p. I-7287.

[1219] Le professeur ROLLAND a dégagé trois grands principes inhérents aux services publics, l'égalité, la mutabilité et la continuité du service. Quel que soit le service, s'il est un service public, ces trois principes s'imposent et sont opposables.

[1220] Pour des exemples célèbres : C.J.C.E., 8 nov. 1983, aff. C-96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, *IAZ International Belgium e.a. c. Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, 1983, p. 3369 ; C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul*

570. Ce droit exclusif admis à la concession[1223], est une source de contentieux lorsque ce droit aménage la gestion d'une ressource essentielle[1224] pour les tiers-opérateurs. Le risque évident est que le gestionnaire du service public annule toute concurrence en usant de son droit exclusif. Ainsi, il a été jugé que pratiquer des tarifs plus élevés que la moyenne géographique n'est pas de nature à constituer un abus de position dominante de la part d'une entreprise concessionnaire du service extérieur des pompes funèbres[1225]. Par contre, pratiquer des prix prédateurs[1226], par l'utilisation des avantages et droits conférés pour le service public concédé, est constitutif d'un abus de position dominante sanctionné par les articles L.410-1[1227] et L.420-1 du code de commerce[1228].

571. Le risque de contrevenir aux règles de la concurrence n'est pas limité aux seules pratiques du concessionnaire. Ce risque peut naître des avantages accordés à un concessionnaire par l'autorité publique, même en dehors du cahier des charges de la concession. Il en va ainsi dans une affaire portée devant le Conseil de la concurrence

---

Corbeau, *préc.* ; C.J.C.E., 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, *préc.* ; C.J.C.E., 25 oct. 2001, aff. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-8089 ; C.J.C.E., 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Ferring, Rec. C.J.C.E*, p. I-9067.

[1221] C.E., Sect., 29 janv. 1932, req. n°99532, *Société des Autobus Antibois*, *Leb.*, p. 273.

[1222] C.A.A. Nantes, 28 juin 2002, req. n°00NT00562, *Société Vedettes inter-îles vendéennes*, *A.J.D.A.*, 2002, p. 908.

[1223] Et non pas un droit de préférence, v. RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 145 et s.

[1224] La théorie des facilités essentielles prévient les pratiques anticoncurrentielles des opérateurs propriétaires ou titulaires d'un titre de gestion exclusive d'une facilité indispensable à l'activité de multiplicité d'opérateurs. Est une ressource essentielle, la ressource qui ne peut être dupliquée ou remplacée dans des conditions économiquement viables par l'opérateur dont l'activité en dépend. V. C.J.C.E., 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health*, , *Rec. C.J.C.E.*, p. I. 5039 ; C.J.C.E., 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-215 ; *G.A.J.U.E.*, Thèmis Droit, 1ère éd., 2010, p. 42, n°9, note. VIENNOIS (J.-P.).

[1225] C.E., 3 nov. 1997, *préc.*

[1226] C.E., 13 janv. 2017, req. n°382427, *Société internationale de diffusion et d'édition*, *inédit*.

[1227] « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités 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*. ». V. T.C., 4 mai 2009, req. n°C3714, *Société Jean-Paul Gisserot c. Centre des monuments nationaux*, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1490, note ECKERT (G.).

[1228] C. Cass., 17 juin 2008, req. n°05-17.566, *Société Vedettes inter-îles vendéennes c. Régie départementale des passages d'eau de la Vendée*, *D.*, 2008, p. 1821 ; C. Cass., 10 déc. 2003, req. n°01-17493, *Société Française des jeux*, *J.C.P.E.*, n°19, 6 Mai 2004, p. 694, comm. GRANDVUILLEMIN (S.).

(devenue Autorité de la concurrence) relatif aux pratiques anticoncurrentielles révélées pour l'exploitation des docks du Port autonome du Havre[1229]. Le port autonome du Havre, EPIC national, avait conclu un contrat de concession d'outillage public avec la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre (CIPHA) pour une durée de 50 ans. La société générale maritime (SOGEMA), exploitant manutentionnaire de vracs solides et concurrent de la CIPHA, se voyait pratiquer les tarifs publics pour le déchargement des navires et l'utilisation des outillages publics. De son côté, la CIPHA bénéficiait du fait de « *l'association d'intérêt* » avec le Port autonome du Havre, des tarifs conventionnels qui étaient en moyenne deux fois moins élevés que les tarifs publics. Ces tarifs conventionnels ont permis, en substance, au concessionnaire du Port autonome du Havre, d'évincer tout concurrent manutentionnaire pour le déchargement multivracs ; notamment en subordonnant l'usage de ses installations de stockage à un coût économiquement raisonnable que pour autant qu'il soit lui-même l'unique manutentionnaire du port. Le Conseil de la concurrence relevait ici des abus de position dominante en cascade. Le premier, c'est l'abus de position dominante du Port autonome du Havre qui, par l'octroi de tarifs préférentiels, a entendu pratiquer une discrimination tarifaire non justifiée par les conditions d'exploitation du concessionnaire. Le second qui en découle, est l'abus de position dominante du concessionnaire qui, en jouissant de tarifs préférentiels, a entendu exclure toute forme de concurrence pour l'activité de manutentionnaire[1230]. Cette éviction a en l'occurrence pris la forme d'accords privilégiés avec des entreprises clientes ; anciennement partenaires de la SOGEMA.

572. Aussi, l'atteinte au droit de la concurrence peut être tirée de la convention de concession elle-même. Tel a été le raisonnement tenu par les requérants dans l'affaire *Communauté urbaine du Grand Dijon*. Ces derniers estimaient qu'en confiant à un seul et unique gestionnaire, les activités de transport urbain, de location de vélos, de parcs de stationnement de la ville et de la mise en fourrière, la collectivité abusait de sa position dominante et placerait le titulaire en situation d'abuser d'une telle position. Bien que le raisonnement n'ait pas été retenu par le Conseil d'État, ici juge de cassation en matière de

[1229] Décision n° 07-D-28 du 13 septembre 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par le port autonome du Havre, la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre, la Société havraise de gestion et de transport et la société Havre Manutention, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1736.

[1230] L'article L.481-3 du code de commerce dispose que la majoration du prix payé par la personne lésée ou la minoration du prix qu'elle a reçu, sont des « surcoûts » constitutifs d'une perte financière indemnisable par les responsables des pratiques anticoncurrentielles, de même que le gain manqué qui lui est consécutif, la perte de chance et le préjudice moral.

référé, il ne semble pas qu'il soit dénué de tout sens[1231]. Il interroge d'ailleurs, sur la suite qu'aurait donnée le juge dans une autre formation ou l'Autorité de la concurrence[1232] à une telle requête[1233].

573. Autre exemple, c'est celui de la convention de délégation de service public conclue entre le groupement SNCM-CNM et l'office des transports de la Corse. L'article 3 du cahier des charges ne prévoyait aucune exclusivité d'exploitation du délégataire sur le marché du transport sur la liaison maritime entre le continent et la Corse. La convention prévoyait deux services. Un service de base qui assure des liaisons durant toute l'année et un service complémentaire qui assure des liaisons sur la période estivale où le service est assuré par des opérateurs concurrents. Toutefois, l'office des transports de Corse, s'il n'octroyait aucun droit exclusif et permettait aux concurrents de prester l'activité, les soumettait au même niveau d'obligations que le délégataire. Or, l'article 2 de la convention de délégation de service public organisait la compensation des obligations de service public au bénéfice du seul délégataire et sans distinction du service réalisé. De plus, le cahier des charges révélait que seul le service de base était effectivement grevé d'obligations de service public (horaires, services de fret, continuité territoriale hors période de forte affluence, etc.). D'abord la Commission européenne a validé les aides versées dans le cadre du seul service de base et a jugé incompatible les aides versées pour le service complémentaire. Puis, le Tribunal de première instance de l'Union européenne, a confirmé que les aides versées ne pouvaient, dans les deux cas, être des compensations d'obligations de service public à défaut de remplir toutes les conditions de la jurisprudence *Altmark trans.*[1234]. En ce sens, le contrat de délégation de service public ne satisfaisait, pour aucun des services, l'obligation de mise en concurrence nécessaire à la détermination des coûts et des surcoûts d'exploitation[1235] ; et pour le service complémentaire, que l'activité faute d'obligation de service public ne pouvait faire l'objet

---

[1231] Peut-on, par exemple, se poser la question si la convention en l'espèce n'organisait pas un monopole au concessionnaire sur le territoire de la collectivité. V. T.U.E., 12 déc. 2000, aff. T-128/98, *Aéroports de Paris c. Commission*, *Rec. C.J.U.E.*, p. II-3929, § 149.

[1232] C. comm., Art. L.410-1.

[1233] SESTIER (J.-F.), *préc.*

[1234] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.* 2003, p. I-07747.

[1235] En l'espèce, seules deux offres dont celle du titulaire, ont été réceptionnées. Ce qui, ni pour la Commission, ni pour le juge, est suffisant pour démontrer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, T.P.I.U.E., 1er mars 2017, *préc.*, § 54.

d'aucune compensation. La conséquence est la récupération des aides versées incompatibles avec les règles des traités[1236].

574. L'enjeu pour les autorités publiques est alors de définir bien en amont les exigences du service public et de convenir du contenu des obligations de service public. De cette manière, elles peuvent limiter les risques de pratiques anticoncurrentielles[1237] par ajustement des financements admis pour compenser les sujétions particulières d'exploitation.

B. Le cadre spécifique des compensations pour obligations de service public

575. Le droit européen, conscient des particularités et des difficultés économiques qui découlent des sujétions particulières des services d'intérêt général, a longtemps hésité sur la qualification du financement accordé pour leur gestion. De prime abord, ce financement est une aide d'État lorsqu'il répond à la définition de l'article 107 alinéa 1er du T.F.U.E. Mais, dans le cas des services d'intérêt général et constamment dans les services publics, cette aide d'État n'a pour autre but que de rétablir un équilibre économique. Elle constitue « *un remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* »[1238] ou encore une « *contrepartie des obligations de service public* »[1239].

576. Par l'arrêt fondateur *Altmark trans*[1240], le juge européen a tranché en affirmant que le financement des obligations de service public, dans certaines conditions, n'était pas une aide d'État. Il est la compensation du déséquilibre d'exploitation du service (1). Ces compensations, qui ne sont pas des aides d'État, sont néanmoins complétées par d'autres compensations qualifiées d'aides d'État mais par principe compatibles avec les traités. Le contrat de concession, en qualité de mandat, justifie leur octroi (2).

[1236] *Ibid.*

[1237] Quoiqu'elle paraisse difficile à démontrer en pratique, on pourrait soulever la responsabilité solidaire du concédant lors d'un contentieux indemnitaire si la procédure de définition des C.O.S.P. n'a pas été respectée et a conduit à des pratiques anticoncurrentielles, C. comm., Art. L.481-9.

[1238] T.F.U.E., Art. 93, ex-art. 73 T.C.E.

[1239] C.J.C.E., 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Ferring S.A. c. Agence central des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, *Rec. C.J.C.E.*, I-09067.

[1240] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.* 2003, p. I-07747.

1. Le rééquilibrage de l'équilibre économique par les compensations d'obligations de service public

577. Les sujétions attachées aux services publics sont au nombre de celles qui, si elles n'avaient pas été imposées par l'autorité publique, n'auraient jamais été supportées par un opérateur économique agissant en *bon gestionnaire*[1241]. Ces sujétions que sont notamment l'égalité, la mutabilité et la continuité, apparaissent rigides, car inamovibles et irréductibles du service. Ces sujétions sont clairement un obstacle pour le marché. Celui-ci, qui aspire à toujours plus de liberté, pour toujours plus de concurrence, se concentre sur des activités tout aussi librement gérables.

578. Pourtant, ces sujétions sont présentes dans les activités privées[1242]. Ainsi, une entreprise a toujours un intérêt à élargir son champ d'intervention et son chiffre d'affaires, en touchant un maximum de clients dans son secteur. L'égalité entre clients existe, et se manifeste par l'accessibilité au service. De même, la continuité est fondamentale[1243], car le coût de l'arrêt de service est une perte financière pour l'entreprise qui, au mieux peut être amenée à indemniser sa clientèle, au pire, peut en perdre au profit d'un concurrent. Enfin, la mutabilité ou l'adaptabilité aux besoins actuels est, dans un marché internationalisé, le seul moyen pour une entreprise de rester pérenne. L'avance technologique et l'anticipation des besoins sont des facteurs premiers de la réussite d'entreprise[1244].

[1241] « *Par obligations de service public, il faut entendre les obligations que, si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise de transport n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ni dans les mêmes conditions*. », 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, Art. 2.

[1242] Le droit européen a dans sa conception du « service public » entendu inscrire une certaine « *commercialité* » (ECKERT (G.), *Droit administratif et commercialité*, *préc.*) notamment en faisant référence à la notion de *consommateurs* à l'égard des *usagers du service* (COM (2004) 374 final dit *Livre blanc sur les SIG*, *préc.*). Or, si l'étude analytique est souvent réalisée dans le sens d'une absorption par la notion de service public des garanties et droits accordés aux *clients* de services commerciaux prestés dans la sphère économique, il est rare de constater que, dans nombre de cas, les « sujétions » ou « obligations » exorbitantes qui caractèrisent les services publics, sont autrement et spontanément assurées par les opérateurs privés. Ainsi, ces considérations reviennent à considérer que l'on parle de « sujétions » ou « d'obligations de service public » lorsqu'il existe une contrainte unilatérale institutionalisée par la personne publique.

[1243] « (…) *un objectif de continuité territoriale peut très bien être atteint à la fois par les forces du marché et par le service public* », T.P.I.U.E., 1er mars 2017, *préc.*, §123.

[1244] HAMENSCHLAGER (C.), « Une entreprise peut-elle rattraper son retard technologique ? Quelques éléments de réponse en économie de l'innovation », *R.E.P.*, Janv./Févr., 2012, p. 1 à 35 ; GUELLEC (D.), VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE (B.),

579. En fait, le déséquilibre né des sujétions a pour source deux composantes. La première, essentielle, est que le déséquilibre est contraint. La personne publique, en tant qu'autorité de tutelle sur le service, impose ses propres sujétions. C'est donc la subjectivité des sujétions du service public qui engendrent l'exorbitance. Ces sujétions ne sont jamais maitrisées par le tiers gestionnaire. La seconde, factuelle, est que le degré de déséquilibre induit par les sujétions de service public s'accroît avec le service lui-même. Bien que moins contrainte par la carence de l'initiative privée, la personne publique n'hésite pas à concéder des services *à défricher* ou des services *non assurés*[1245]. Tel est l'exemple contemporain des réseaux en très haut débit à destination des professionnels. Le coût de premier investissement et l'absence de rentabilité liée aux premières années d'exploitation, font qu'aucun opérateur ne souhaite intervenir. La concession d'un réseau d'initative publique induit ici des sujétions particulières qui se résument par l'absence d'un modèle économique préexistant[1246].

580. Par la notion d'obligations de service universel et d'obligations de service public, le droit européen a entendu rapprocher, puis fondre, l'obligation et la contrepartie. Les sujétions particulières des Lois de ROLLAND ont, sans disparaître tout à fait, pris une nouvelle dimension marchande[1247] pour s'accorder avec la notion de service d'intérêt général. Leur financement a fait l'objet d'une identification jurisprudentielle : la compensation d'obligations de service public. Par la jurisprudence *Altmark trans*[1248], le juge s'est saisi du lien existant entre les obligations de service et les obligations économiques du service de transport de personnes. Il crée à cette occasion une catégorie propre de subventions, qui ne

---

« Recherche et développement et croissance de la productivité : Analyse des données d'un panel de 16 pays de l'OCDE », *Rev. Éco. OCDE*, 2/2001, n°33, p. 111 à 136.

[1245] KARPENSCHIF (M.), *J.C.P.A.*, n°41, 15 Octobre 2012, p. 2326, *préc.*

[1246] ARCEP, Investissements d'avenir, Cahier des charges France Très Haut Débit – Réseaux d'iniative publique, version 2015, disponible : http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/dossiers/fibre/Cahier-des-charges-PFTHD-2015.pdf; V. aussi, KARPENSCHIF (M.), MIDOL-MONNET (L.), « Le programme national « Très Haut Débit - Volet B » : nouvelles responsabilités et nouveaux pouvoirs pour les collectivités territoriales en matière d'aménagement numérique », *J.C.P.A.*, 2012, p. 2056.

[1247] ZIANI (S.), *préc.*, p. 304 ; p. 348 et s.

[1248] *Préc.*

relèvent pas du régime des aides d'État[1249]. La compensation n'est pas une aide, mais une contrepartie. Elle est la contrepartie de l'obligation de service imposée ; elle est l'obligation de service public dans sa conception économique. En tant que compensation, elle n'a pas à être notifiée au préalable à la Commission européenne, ni à être rendue compatible. Elle n'est pas non plus limitée en volume. Son montant est établi en fonction des obligations imposées par l'autorité publique et est déterminé de manière à en compenser strictement tous les surcoûts[1250].

581. Suite à la jurisprudence, différents paquets législatifs sont venus compléter les modes de financement des obligations de service public et des SIEG. Ce sont les paquets « Monti-Kroes »[1251] puis « Almunia »[1252], qui en définissent le contenu[1253]. Ces moyens de financement ont toutefois une ligne commune qui est celle de la transparence des obligations de service public. C'est le rôle du mandat de service public[1254]. La concession de service public en est une forme.

[1249] « *L'article 77 du traité CE (devenu article 73 CE) ne peut être appliqué à des subventions publiques qui compensent les surcoûts exposés pour l'exécution d'obligations de service public sans tenir compte du règlement n° 1191/69, tel que modifié par le règlement n° 1893/91* », C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark, préc.*

[1250] « Strictement » a une double signification ici. La compensation doit compenser les obligations de service public et que les obligations de service public. La compensation doit toutefois compenser toute la prestation : les surcoûts et la rémunération du gestionnaire par un bénéfice raisonnable.

[1251] Il regroupe trois textes : la décision de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 ; l'encadrement communautaire 2005/C 297/04 du 28 novembre 2005 ; la directive « transparence » 2005/81/CE du 28 novembre 2005.

[1252] Il regroupe quatre textes : la communication de la Commission (2012/C 8/02) relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général ; le règlement du 24 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économiques général ; la décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, un encadrement de l'Union européenne (2012/C 8/03) applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public (2011).

[1253] V. KARPENSCHIF (M.), « Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », *J.C.P.A.*, n°1, 9 Janvier 2012, p. 2006.

[1254] Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, Art. 4.

2. Le contrat de concession, forme de mandat et justificatif de toute forme de compensation d'obligations de service public

582. Pour parvenir à légitimer et justifier les financements publics sans recourir à la notification préalable, le recours au mandat s'est imposé. Son objet n'est pas seulement informatif, mais conditionnel. Il est un support du financement qui garantit sa validité, justifie son versement, et protège son récipiendaire[1255]. Le mandat s'est imposé *de facto* suite à la décision *Altmark trans*. Il formalise expressément les quatre conditions cumulatives dégagées par le juge pour valider le versement de compensations d'obligations de service public soit :

« - *premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ;*

- *deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente ;*

- *troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;*

- *quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* ».

[1255] V. pour une étude complète, JURY (F.), *La contractualisation des obligations de service public : un vecteur d'éfficience économique des services d'intérêt économique général*, Mémoire de Master 2 Recherche Droit européen des affaires, dir. KARPENSCHIF (M.), Université Lyon 3, 2012, (110 p.).

583. L'article 4 de la décision de la Commission 2005/842/CE, est venu étendre le recours au mandat aux aides d'État sous forme de compensations d'obligations de service public versées aux gestionnaires de SIEG. Le mandat est décrit comme protéiforme. Il est « *un ou plusieurs actes officiels, dont la forme peut être déterminée par chaque État membre* ». Son contenu n'est pas exhaustif, mais doit en outre indiquer : « *a) la nature et la durée des obligations de service public ; b) les entreprises et le territoire concernés ; c) la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise ; d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation ; e) les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations* ».

584. Manifestement, le « *mandat de service public* »[1256] est un contrat de financement public. Ainsi, bien qu'il ne se résume pas à ces seules questions, le contrat de concession ou autre délégation de service public, est un acte qui formalise les obligations de service public. Il est même sa forme privilégiée ; la gestion déléguée est en droit interne, le mode de la gestion externalisée du service public. La directive *concessions* a renforcé ce lien entre concession et mandat. L'article 8 de la directive 2014/23/UE dispose ainsi que l'évaluation de la valeur de la concession intègre « *les paiements effectués par le pouvoir adjudicateur, l'entité adjudicatrice ou toute autre autorité publique* (…), *y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public* ».

585. Il faut toutefois redouter le recours automatique à la concession comme seul acte mandant l'obligation de service public. L'exigence de transparence est beaucoup plus contraignante et plus poussée que la seule définition des besoins que certains contrats de délégation peuvent prévoir. La justification de l'obligation de service public est une véritable analyse des coûts de la prestation et des surcoûts des sujétions. Aussi, parce que l'équilibre économique est calculé selon le risque d'exploitation, les compensations d'obligations de service public doivent en tenir compte. Ainsi, la compensation pour obligation de service public est un complément de l'équilibre économique défini et doit s'intégrer et s'adapter aux autres éléments constitutifs de l'équilibre. En d'autres termes, l'équilibre économique s'il est compensé, ne saurait éteindre le risque de l'exploitation. La compensation n'est que le moyen

[1256] ZIANI (S.), *préc.*, p. 336 et s.

économique par lequel, le gestionnaire peut être placé dans des conditions *normales* d'exploitation[1257].

586. Par ailleurs, la sécurité juridique du contrat n'est pas assurée lorsque la définition des besoins est insuffisante[1258] ou que le mode de calcul des surcoûts des sujétions n'est pas déterminé. La remarque vaut aussi pour le suivi de tous fonds publics. Leur traçage tout au long de l'exploitation du service public est une obligation basée sur la transparence. Son intérêt est évident ; il garantit à la personne publique le pouvoir d'ajuster ses financements en fonction de la norme. Toute surcompensation est constitutive d'une aide d'État ; et cette requalification n'est pas sans conséquence sur la viabilité économique et juridique du contrat[1259].

Paragraphe 2 - Le suivi des aides publiques dans la comptabilité du concessionnaire

587. L'objectif qui est de suivre et de contrôler le financement public dans les concessions de service public est ambitieux mais essentiel. Pourtant, on peut relever nombre d'obstacles matériels qui s'y opposent, et pour lesquels le droit n'a que peu de solutions. Le plus

---

[1257] « (…) *qu'aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer la construction de cet ouvrage en se finançant uniquement par son exploitation sur longue durée, sans obtenir un complément de fonds publics seul à même de lui permettre de bénéficier d'une rentabilité normale pour le secteur d'activité, sous condition d'atteindre les prévisions d'exploitation ; qu'ainsi, la subvention ayant 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, la première des conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice tenant en la compensation d'obligations de service public clairement définies doit être regardée comme satisfaite* », C.E., 13 juill. 2012, req. n°347073, *Communauté de communes d'Erdre et de Gesvres*, *Leb.*, p. 277, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1717, étude LOMBARD (M.), NICINSKI (S.), GLASER (E.) ; *R.D.I.*, 2012, p. 562, obs. BRACONNIER (S.) ; *A.J.C.T.*, 2012, p. 567, obs. DESINGLY (A.) ; *B.J.C.P.*, 2012, n° 84, p. 363, concl. DACOSTA (B.) et obs. SCHWARTZ (R.).

[1258] T.P.I.U.E., 1er mars 2017, *préc.* En affirmant que la carence de l'initiative privée était seule de nature à justifier le besoin réel de service public, le juge européen suggère deux positions. Soit il s'oppose en contradiction avec la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, et dénie la qualité de SIEG aux services publics créés sans justificatif de carence. Dans ce cas, le service public de téléassistance n'est pas un SIEG, C.E., 3 mars 2010, req. n°306911, *Département de la Corrèze*, *Leb.*, p. 652 ; *R.J.E.P.*, 2010, n°678, p. 30, note PELISSIER (G.) ; *J.C.P.G.*, 2010, n°28, p. 1476, chron. PLESSIX (B.) ; *R.L.C.*, 2010, n°24, p. 30, note CLAMOUR (G.) ; *A.J.D.A.*, 2010, n°22, p. 1251, étude NICINSKI (S.), GLASER (E.), JEANNENEY (P.-A.) ; n°17, p. 957, concl. BOULOUIS (N.) ; *J.C.P.A.*, 2010, n°25, p. 33, note IDOUX (P.) ; *R.L.C.T.*, 2010, n°58, p. 34, note GLATT (J.-M.) ; *Contrats et Marchés publ.*, 2010, n°4, p. 23, note ECKERT (G.). Soit, il considère que l'économie du service public ne peut correspondre à celles d'un SIEG grevé d'obligations de service public. Dès lors, le service public ne peut faire l'objet de compensations financières justifiées sur la base de la jurisprudence *Altmark trans.*

[1259] KARPENSCHIF (M.), *J.C.P.A.*, n°41, 15 Octobre 2012, p. 2326, *préc.*

important d'entre eux est l'immaîtrise de l'autorité publique sur le calcul des coûts de la concession. La réalité du coût n'est connue que du seul concessionnaire, et la transparence qu'il accorde au concédant est, en fonction, toute relative. Cela est conforté par le fait que les actifs de la concession sont uniquement comptabilisés dans la comptabilité du concessionnaire[1260]. La plus diligente des personnes publiques concédantes n'est alors en mesure que de retracer, hors budget, les opérations d'investissement des biens de retour pour lesquelles elle suit peu ou prou l'amortissement et les phases de renouvellement.

588. Pourtant, le suivi des aides publiques, dont la forme importe peu, n'est clairement pas une éventualité à considérer par les personnes publiques, mais une obligation qui ressort du droit des aides d'État. De plus, la gestion d'un S.P.I.C. connait des limites en droit interne, dont l'obligation d'équilibre budgétaire, qui conditionnent l'octroi d'aides publiques. De la sorte, le suivi du financement public a deux principales vertus. La première, elle rappelle sensiblement aux collectivités qu'elles sont, de près et de loin, toujours responsables du service public concédé. Cette responsabilité se manifeste sur les budgets locaux[1261] (A). La seconde, c'est que la compréhension d'opérations comptables complexes ne peut être efficace que par un complément synthétique et pédagogique. La place de la comptabilité analytique est évidente dans les partenariats public-privé. Elle est un outil informationnel et politique avec pour objectifs de garantir le financement des obligations de service public, et de limiter les asymétries d'informations comptables (B).

A. L'application des principes budgétaires des collectivités territoriales

589. La présence d'une concession de service public est plus ou moins bien révélée par le budget d'une collectivité concédante. Cela est dû à l'indépendance comptable du concessionnaire vis-à-vis de la collectivité ; la concession ne fait pas, contrairement à la régie intéressée voire à l'affermage, l'objet d'une individualisation budgétaire. En pratique, le budget de la concession est indépendant et autonome face aux règles budgétaires applicables aux collectivités territoriales. La règle ancestrale de l'équilibre budgétaire des SPIC délégués, trouve alors difficilement à s'appliquer en pratique (1). Cette règle, bien qu'inadaptée, n'est pourtant pas sans intérêt. Elle permet de limiter les flux du budget général vers les comptes

[1260] Mémento Pratique Francis Lefebvre, Comptable, 2016, §4114, p. 1616.

[1261] LEVOYER (L.), « Les collectivités territoriales et la maîtrise des dépenses publiques », *R.F.F.P.*, n°119, 1er sept. 2012, p. 133.

des concessions. Il en va ainsi du suivi des subventions versées au concessionnaire et des apports de la collectivité concédante (2).

1. L'inadéquation de la règle d'équilibre des SPIC et les comptes d'une concession

590. L'équilibre budgétaire strict et réel, est une règle de principe applicable aux SPIC locaux. Ce sont les articles L.2224-1 C.G.C.T., pour les budgets communaux, et L.3241-4 C.G.C.T. pour les départements, qui disposent que « *les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés* (…)*, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses.* ». Le législateur n'a pas étendu le principe aux budgets régionaux[1262] bien que la règle de l'équilibre budgétaire réel soit une obligation commune à toutes les collectivités territoriales. Même chose pour les EPCI. Toutefois, on constater que les intercommunalités et les EPCI départementaux, se voient appliquer la règle d'équilibre des budgets des SPIC, au moins sur le fondement duquel ces établissements publics ne sauraient bénéficier de plus de droits que les collectivités qui les composent[1263]. Mais, en tout état de cause, l'absence de telles règles ne doit pas exclure toute application de celles relatives au droit de la concurrence et des aides d'État[1264].

591. Aussi, quoique principe reconnu, l'équilibre budgétaire des SPIC en régie (autonome, personnalisée ou intéressée), affermés ou concédés, parait difficilement tenable tant les particularités d'une exploitation industrielle et commerciale s'accomodent difficilement de la notion d'équilibre budgétaire. D'abord, et sans qu'il n'y ait de tabou d'administrativiste, la création d'un SPIC local est très largement dictée par la réalité d'une rentabilité financière de l'activité. Ainsi, si l'objectif, et quelque soit le mode de gestion, est d'atteindre au mieux *un petit équilibre*[1265] en début d'exploitation, la finalité est en concession d'atteindre le grand équilibre[1266] augmenté de la rémunération du concessionnaire. L'activité de SPIC s'organise

---

[1262] C.G.C.T., Art., L.4261-1.

[1263] V. BAUDENEAU (A.), MICHELET (C.), « Le financement des syndicats mixtes ouverts », *Gaz. Pal.*, 25 févr. 2013, p. 50.

[1264] *Infra.*, B.

[1265] Soit la couverture par les recettes directes d'exploitation du service des charges d'exploitation du service.

[1266] Soit la couverture par les recettes d'exploitation de l'ensemble des charges d'exploitation du service, de la dette, et de l'amortissement des investissements.

ici de manière à être profitable, et donc de présenter des budgets excédentaires qui préservent *in fine* les ressources budgétaires des collectivités de tutelle[1267].

592. Puis, en pratique, le principe d'équilibre budgétaire des services ne s'impose pas aux concessions de service public. L'intérêt est de transférer la charge et les responsabilités de gestion vers le concessionnaire[1268]. Ce dernier, en tant qu'opérateur, gère les flux du service dans sa comptabilité, sans que la collectivité ait à procéder à la constitution d'un budget annexe[1269]. D'ailleurs, deux limites s'y opposeraient. La première, c'est la limite du pouvoir de direction de la personne publique. Son autorité sur le service est limitée. Elle ne peut s'immiscer dans la comptabilité d'une entreprise, y compris celle de son gestionnaire. La seconde, c'est la fiabilité et la sincérité des rapports annuels du concessionnaire et des comptes rendus techniques et financiers présentés. Or, avec un budget annexe, la collectivité publique serait dépendante du gestionnaire pour présenter des comptes sincères. Or, elle n'aurait aucun moyen de s'assurer de la fiabilité des informations alors transmises. Le budget serait alors plus ou moins sincère.

593. Néanmoins, pour parvenir à un résultat analogue, nombre de collectivités demandent à leur concessionnaire de se constituer sous la forme d'une société dédiée. De cette manière, elles peuvent individualiser les flux de la concession avec une certaine réalité. Il s'agit d'une forme de budget annexe instutionnalisé[1270] dont la principale vertu est de faciliter le contrôle et la transparence du gestionnaire.

[1267] « *En même temps que les exploitations en régie prenaient de l'extension dans tous les domaines, la question de leur intervention* (communes) *dans les industries communales monopolisées se posait à un double point de vue : les difficultés d'exécution de leurs contrats de concession, en dépit des efforts de la jurisprudence, se faisaient de plus en plus grandes ; d'autre part, l'accroissement continu des charges communales incitait les municipalités à chercher dans l'exploitation directe de leur domaine des ressources que l'impôt ne suffisait plus à leur assurer* », Rapport à destination du Président de la République, annexé au Décret-Loi du 28 décembre 1926, Loi relatif aux regies municipales reglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financiere, *J.O.R.F.*, du 31 déc. 1926, p. 13742.

[1268] Instruction M4, p. 3.

[1269] Pour l'État, il faut voir l'avis du 17 octobre 2014 du Conseil de normalisation des comptes publics qui soumet à cette norme tous les contrats portant réalisation d'un service public, y compris les concessions de service public. L'objectif est de permettre de retracer les flux entrants et sortants dans un document comptable assurant le suivi de l'exploitation du service, *préc.*

[1270] NEVEU (B.), « Les sociétés dédiées à l'exploitation des services d'eau et d'assainissement et le droit des contrats publics », *préc.*

594. Aussi - et peut-être est-ce là le point cardinal de l'inadéquation de la règle d'équilibre budgétaire pour des services concédés –la définition d'une concession est conditionnée à la présence du risque d'exploitation. Or, c'est un fait, le risque d'exploitation se définit mal avec le principe d'équilibre budgétaire. Une telle présentation à l'équilibre constant interrogerait quant à la présence automatique d'une couverture des risques de l'activité[1271].

595. L'utilité pratique de la règle d'équilibre budgétaire des SPIC tient en définitive non pas de ce qu'elle suppose (l'équilibre entre recettes et dépenses), mais de ce qu'elle induit dans la tenue des budgets locaux. Le budget du SPIC concédé doit être financièrement autonome et indépendant par rapport au budget général. En d'autres termes, tout échange de flux entre le budget général et la comptabilité du concessionnaire, doit être justifié par les exceptions exhaustivement prévues par la norme.

2. Les limites budgétaires imposées aux flux affectés aux concessions

596. Bien que strictement séparée en présentation du budget général, la comptabilité du concessionnaire est un point de rencontre entre différents types de flux en provenance ou à destination du budget du concédant. Or, si la règle d'équilibre budgétaire pour un SPIC concédé est difficile à tenir, il n'en demeure pas moins que l'équilibre économique doit être trouvé sans l'intervention financière du budget général. Le budget de la collectivité ne doit supporter ni les déficits d'exploitation, ni intégrer les excédents d'exploitation[1272].

597. L'existence de nombreuses exceptions relativise fortement cette interdiction d'échange de flux financiers. La loi prévoit elle-même ces possibilités. Leur finalité est de préserver tant

[1271] C.G.C.T., Art. L.2224-4 :

[1272] C.G.C.T., art. R.2221-48 et R.2221-90 ; C.E., 9 avril 1999, req. n°170999, *Commune de Bandol*, *Leb.*, p. 129 ; *R.F.D.A.*, Mai-Juin 1999, n°15, p. 685 à 686.

l'équilibre économique contractuel[1273] que l'accessibilité financière des usagers au service[1274]. Ainsi, le budget principal ne doit servir que l'intérêt général au sens noble[1275].

598. En tous points parallèles, les possibilités d'intégrer au budget du concédant des excédents d'exploitation de la concession se retrouvent dans l'intérêt général. Le juge fixe à cet effet trois conditions cumulatives. Ce reversement ne doit pas être le fruit d'une surtarification du service public ; il ne doit pas correspondre à un besoin de financement d'un investissement pour un montant équivalant aux plus-values de cession d'éléments d'actif ; et il ne doit pas limiter la capacité d'autofinancement du service pour des investissements prévus à court terme[1276]. Or, à bien des égards, l'absence de budget annexe lorsque le service public est concédé, fait qu'en pratique, les excédents sont directement affectés au budget général[1277].

599. En illustre la gestion des provisions pour grosse réparation et renouvellement dotées dans les comptes G.E.R. dont le solde positif revient normalement aux collectivités concédantes en fin de contrat[1278]. Ces provisions constituées par prélèvement sur les redevances perçues sur les usagers du service public suivent normalement les principes d'équivalence et de proportionnalité affectant le prix et le service rendu. Mais, en réalité, cela n'est pas systématique. Le solde positif du compte G.E.R. contrevient à ce principe au moins dans deux situations. Le premier est que s'il est conservé par le concessionnaire, il correspond à un enrichissement sans cause puisque la perception des dotations ne donne lieu à aucune prestation. Au regard du droit de la concurrence, cette conservation est qualifiable d'aide

---

[1273] C.G.C.T., Art. L.2224-2, 1° : « *Lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité à imposer des contraintes particulières de fonctionnement* »

[1274] *Ibid.*, 2° et 3° : « *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 ; Lorsque, 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* ».

[1275] C.G.C.T., Art. L.2224-2 : « *Lorsque le service a été délégué, la part prise en charge par le budget propre ne peut excéder le montant des sommes données au délégataire pour sujétions de service public et représenter une part substantielle de la rémunération de ce dernier*. ». V. PAULIAT (H.), « Interdiction de subventions aux SPIC : quelle interprétation donner de l'article L.2224-2 du CGCT ? », J.C.P.A., n°17-18, 2 Mai 2016, 2121.

[1276] C.E., 9 avril 1999, req. n°170999, *Commune de Bandol*, *préc.*

[1277] En illustre la rétrocession du solde du compte G.E.R. qui, *in fine*, intègre le budget général y compris si certains investissements doivent être réalisés dans le futur contrat. Dans ce cas, une vraie problématique quant à la substitution de l'usager au contribuable peut être soulevée.

[1278] C.E., 23 déc. 2009, req. n°305478, *Société des Pompes funèbres OGF*, *Contrats et Marchés publ.*, n°115, Novembre 2011, p. 46.

d'État. Le second est que si ce solde est reversé au titre des biens de retour au concédant, ce dernier, en l'absence de budget annexe relatif à la concession éteinte, va reverser automatiquement ce solde au budget principal. Pourtant, il est difficile de justifier de tels reversements au titre de la jurisprudence *Commune de Bandol*[1279] car, *a minima*, l'absence de contrepartie pour service rendu à l'usager est synonyme de surtarification. Son reversement au budget général est, lui, synonyme d'une taxation[1280].

600. Il faut donc que les personnes publiques exploitent au mieux les rapports et comptes rendus financiers qui leur sont transmis pour suivre les flux financiers de leurs services publics concédés. Elles doivent aussi s'efforcer de retracer, soit comptablement, soit extra-comptablement[1281], les flux financiers de leurs concessions[1282]. En l'absence, les risques d'une telle démarche d'affectation de subventions en dehors des exonérations légales sont importants. Cela est particulièrement vrai lorsque la contrainte d'exploitation est *in concreto* maitrisée par le concessionnaire, mais que la représentation qu'il en donne dans ses rapports n'inclut pas ce degré de maitrise. Le concessionnaire a alors l'opportunité d'affecter sa subvention à un autre poste que celui pour lequel elle est destinée[1283]. Par exemple, les apports en nature du concédant au bénéfice de l'exploitation, doivent être valorisés et suivis tout au long du contrat[1284]. Les dotations comptables suivent la même logique que celle appliquée aux biens de retour financés par le concessionnaire.

[1279] *Supra*.

[1280] Il convient alors de concilier les normes budgétaires dans ce cas de figure. En effet, bien que la règle de l'universalité budgétaire suppose que les recettes et les dépenses ne soient pas affectées, une dérogation s'impose ici, tant pour respecter la jurisprudence constante du Conseil d'État, que pour respecter les autres principes de proportionnalité et d'équivalence immanents à la redevance.

[1281] C.E., 26 févr. 2016, req. n°384424, *syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense c. société de climatisation interurbaine de la Défense*, inédit ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 1645, note JANICOT (L.), LAFAIX (J.-F.).

[1282] V. Avis du 17 octobre 2014 du Conseil de normalisation des comptes publics, *préc.*

[1283] Par exemple, un gestionnaire peut mutualiser des moyens subventionnés (personnel, matériel, fonctions supports) pour l'affecter en partie à des activités purement commerciales. Ainsi, une partie du coût de fonctionnement du service commercial est assumée par une subvention versée pour sujétion particulière. Il s'agit ici du principe de la subvention croisée condamnée par le juge européen, T.I.C.E., 15 juin 2000, aff. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, *Alzetta Mauro e.a. c. Commission*, *Rec.*, 2000, p. II-2319, points 143 à 147.

[1284] « *Il peut être parfois difficile de déterminer la valeur des biens mis en concession sur lesquels le concessionnaire ne dispose pas d'un droit de propriété. Dans certains cas, cette difficulté est telle qu'elle peut conduire à ne pas inscrire les biens concernés à l'actif* », Mémento Pratique Comptable, §4121, p. 1620.

601. À l'image de la jurisprudence *Altmark trans.* et de la réglementation générale du financement des SIEG, il convient d'encourager la constitution systématique d'une comptabilité analytique en matière de service concédé[1285]. L'intérêt est alors de suivre l'affectation précise des biens et des aides accordées au concessionnaire, mais aussi d'analyser strictement les coûts et d'en comprendre la structure. C'est aussi la seule manière de contenir le volume des compensations et d'exclure toute hypothèse de surfinancement du service public par les budgets publics[1286].

B. La mise en place d'une comptabilité analytique dédiée aux SIEG

602. L'établissement d'une comptabilité analytique pour les contrats de service public bénéficiant de compensations n'est pas, au regard du droit européen, une option discrétionnaire laissée aux cocontractants. Il s'agit au contraire d'un « *minimum exigible* »[1287]. Les conclusions tirées de la jurisprudence *Altmark trans*. vont dans le sens d'une méthode d'analyse stricte, transparente, sincère et objective du calcul des surcoûts[1288]. En son absence, et en cas de contentieux, il revient aux parties de prouver la cohérence des calculs et d'apporter des éléments économiques qui, *a posteriori,* peuvent être difficiles à réunir[1289]. La présence d'une comptabilité analytique remplit cet office et, face aux autorités de contrôle, présume de la vérité des coûts des obligations de service public. La comptabilité analytique présume l'absence d'avantages anticoncurrentiels (1). Par ailleurs, l'analyse des coûts doit permettre d'établir le coût de revient de la prestation. Ce coût de revient doit être précisément retranscrit et limiter la marge nette du gestionnaire à un *bénéfice raisonnable* (2).

[1285] Le décret-loi du 28 décembre 1926 dit Poincaré imposait une comptabilité analytique des coûts pour une régie municipale pour vérifier les flux financiers entre le budget général et le budget annexe de la régie. Ainsi, l'article 6 disposait en ce sens que « *il est tenu pour chaque régie,* (…) *une comptabilité matières dont les résultats sont produits au juge des comptes à l'appui du compte en deniers* ».

[1286] C.G.C.T., Art. L.2224-2.

[1287] Conseil d'État, Rapport public, 2002, p. 275.

[1288] V. *Supra*.

[1289] « *Les paramètres de calcul de la compensation doivent être établis au préalable de façon objective et transparente, afin d'éviter que cette compensation ne comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes.* », § 54, COM 2012/C 8/02.

1. Un outil de présomption de conformité avec le droit de la concurrence

603. L'obligation de service public, parce qu'elle n'existe pas dans les activités concurrentielles classiques, se doit d'être clairement identifiée par les autorités publiques. L'entreprise gestionnaire qui poursuit plusieurs activités de nature différente, doit en ce sens distinguer dans sa comptabilité les flux liés aux activités d'intérêt général et ceux liés aux activités purement économiques. Pour y parvenir, les gestionnaires de SIEG sont tenus de présenter une comptabilité par activité qui permette de retracer les coûts et les recettes. C'est le principe de la comptabilité analytique.

604. Par la comptabilité analytique, tout gestionnaire est en mesure d'individualiser les coûts et d'obtenir une vision globale de ses activités. Aussi, et contrairement à la comptabilité générale, la comptabilité analytique inclut une analyse de charges dites supplétives[1290] qui ont une influence sur les coûts de la prestation. Par la comptabilité analytique, il est ainsi possible d'avoir une approche complète des coûts de l'exploitation[1291].

605. Cette méthodologie s'impose *de jure* aux gestionnaires[1292] de SIEG[1293].

606. D'abord, l'analyse des coûts telle que retenue par le « Paquet Almunia », s'accorde avec celle des coûts complets retranscrite par la comptabilité analytique. La communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour les SIEG, précise que le surcoût des obligations de service public est déterminé par rapport au coût réel du service. Ce coût réel est défini comme le coût, moyenne des coûts qu'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée en matériels pourrait établir afin d'absorber ses coûts d'achats, de production, et sa marge bénéficiaire, pour réaliser le service. Pour parvenir à ce coût réel, deux méthodes sont possibles. Soit,

---

[1290] Parmi ces charges, peut-on retrouver la rémunération des capitaux propres. Or, cette rémunération est un levier de bancabilité des concessionnaires. Leur suivi n'est pas superflu, notamment dans le cadre d'une rationalisation globale des revenus tirés de la concession.

[1291] Mémento Francis Lefebvre, Comptable, 2016, § 1273/2, p. 511.

[1292] Aucune règlementation n'impose aux entreprises de tenir une comptabilité analytique, *Ibid.*, § 1273 p. 509. Toutefois, la comptabilité analytique apparait nettement indispensable pour les gestionnaires de services publics qui agissent pour le compte de la collectivité publique, et pour laquelle ils ont une obligation de rapporter la réalité comptable et financière, D. n°2016-86, Art. 33.

[1293] BAZEX (M.), BRUNET (P.), SUBRA DE BIEUSSES (P.), « Concurrence : Interventions économiques des personnes publiques », *C.C.C.*, n°5, Mai 2006, chron. 1.

l'autorité publique procède à une mise en concurrence ; procédure qui révélera « *le moindre coût* » [1294] du service. Soit, face à un marché comparable et représentatif, l'autorité publique peut définir le coût réel par la méthode du coût moyen. Ainsi, le coût réel moyen est la moyenne de tous « *les coûts liés au SIEG, c'est-à-dire les coûts directs nécessaires à l'exécution du SIEG et une contribution appropriée aux coûts indirects communs au SIEG et à d'autres activités* ». La structure du coût est ici globale : elle tient compte tant des coûts propres du service, que les coûts transversaux induits par la mutualisation des moyens du gestionnaire. Le coût réel, c'est donc le coût complet des moyens mis en œuvre pour le SIEG[1295]. Au final, le surcoût est la différence positive qui existe entre le coût réel du SIEG et le coût réel d'un service classique comparable[1296].

607. Puis, le législateur, le juge adminstratif et le juge financier[1297] exigent respectivement que les gestionnaires de service public distinguent clairement les activités financées avec des compensations, des activités strictement économiques. En cela, les gestionnaires doivent pouvoir prouver que les compensations reçues correspondent aux seuls coûts induits par les obligations de service public du SIEG, « (…) *toutes les recettes de l'entreprise générées par la prestation du SIEG doivent être déduites »*[1298]. Les gestionnaires de réseaux[1299] sont les premiers concernés. Par exemple, la loi est venue imposer la tenue d'une comptabilité

[1294] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark, préc.* Le moindre coût n'est toutefois pas l'offre la plus basse, mais plutôt l'offre qui défini l'économie générale la plus avantageuse, v. Décret n°2016-360, Art. 60.

[1295] Cette méthode de determination n'est pas sans rappeler le mode de determination du coefficient d'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée. Soit un bien ou une prestation est assujettie à une activité imposable, soit ils ne le sont pas. Mais le bien ou le service peuvent tout à fait être partiellement assujettis du fait de leur fonction transversale pour des activités assujettie et non assujettie, C.G.I.A.N.N.II, Art. 206, II.

[1296] Louis BAHOUGNE rappelle toutefois que « *certains services publics n'interviennent sur aucune surface concurrentielle. Pour ceux-là, toute approche comparée de leur valeur par le marche apparait donc structement exclue* », *Le financement du service public*, *préc.*, p. 317. Or, dans uen logique d'interventionnisme justifiée par la carence de l'initative privée, l'analyse des coûts d'exploitation peut, ici, s'avèrer tronquée.

[1297] Il est très courant de voir les Chambres régionales de comptes déplorés l'inexistence d'une comptabilité analytique dans le cadre de la gestion des services publics. Elle relève qu'en l'absence d'une telle comptabilité, l'analyse des coûts ne saurait être précise. V. pour exemple, Rapport d'observations définitives, Communauté urbaine de Lyon, sur le service d'assainissement, Exercices 2010 à 2012, p. 55.

[1298] §56, COM 2012/C 8/02.

[1299] Nota, KARPENSCHIF (M.), « De nouvelles règles pour le financement public des aéroports et de certaines lignes aériennes », *J.C.P.A.*, n°49, 5 Décembre 2005, p. 1377 ; du même auteur, « La notion d'aide d'etat, application au secteur de l'energie », *R.J.E.P.*, n°595, Février 2003, chron. 100016.

analytique pour retracer les coûts du service universel supportés par La Poste[1300]. L'autorité de régulation des communications électroniques et des postes en contrôle la conformité[1301].

608. La comptabilité analytique est donc garante de la sécurité juridique. En son absence, le risque de contentieux est important. Le contentieux entre La Poste, sa filiale Chronopost et ses principaux concurrents en est un exemple célèbre[1302].

609. En outre, l'« *égale concurrence* » consacrée par le Conseil d'État, contraint les personnes publiques candidates à un marché public ou une concession, à établir avec précision le prix de leur offre. Ainsi, il convient que « *le prix proposé* (…) *soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que* [la personne publique] *n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »[1303]. La jurisprudence *Altmark trans.*, n'a fait que confirmer cette obligation comptable qui grève toute gestion publique ou parapublique des services publics.

610. La transparence recherchée par la comptabilité analytique a, pour principal objectif, de délimiter les contours des obligations de service public pour en garantir le versement. Le calcul du coût complet du SIEG n'exclut pas une rémunération, bénéfice raisonnable du gestionnaire. Mais, elle exclut les calculs erronés qui conduisent à des surcompensations et au contournement des règles relatives aux aides d'État.

[1300] V. Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *J.O.R.F.*, 21 mai 2005 - Numéro 117 – p. 8825 à 8835, NOR : ECOX0300058L.

[1301] Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, décision n° 2014-0294 du 11 mars 2014 relative aux règles de comptabilisation de La Poste en application de l'article L. 5-2 (6°) du code des postes et des communications électroniques, *J.O.R.F.*, 22 juill. 2014, Numéro 167, NOR : ARTR1416955S.

[1302] C.J.C.E., gd. ch., 1er juill. 2008, aff. C-341/06 P et C-342/06 P, *Chronopost S.A., La Poste c. UFEX*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-04777 ; *Europe*, n°8-9, Août 2008, n° 273, comm. IDOT (L.) ; T.P.I.C.E., 7 juin 2006, aff. T-613/97, *UFEX e. a . c. Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, p. II-1531 ; T.P.I.C.E., 14 déc. 2000, aff. T-613/97, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-4055 ; *Europe,* 2001, comm. 69 ; C.J.C.E., 3 juill. 2003, aff. C-83/01 P et a., *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. I-6993 ; *Europe*, 2003, comm. 285.

[1303] C.E., Avis, 8 nov. 2000, *Jean-Louis Bernard Consultants*, *R.F.D.A.*, 2001, p. 112.

2. Exigence de rentabilité limitée : calcul du bénéfice raisonnable et surcompensation d'obligations de service public

611. Le principe de rentabilité limitée[1304], est une limite supérieure de revenus accordés par le contrat au gestionnaire du service public. Il est un objectif commun à tout contrat portant gestion du service public. Mais ce principe de rentabilité limitée ne saurait être autonome. Il se concilie avec son antagoniste, le déficit limité. En ce sens, si le gestionnaire voit ses recettes restreintes du fait des avantages obtenus sur la concurrence, il doit être assuré que son déficit soit limité pour les sujétions qu'il assume contrairement à la concurrence[1305]. Cette logique retranscrit les conditions normales d'exploitation, le risque et son transfert optimal.

612. Cette cohérence entre droits et obligations du gestionnaire est prise en compte par la méthode de la compensation des obligations de service public. La décision *Altmark trans.*[1306] l'introduit par le « *bénéfice raisonnable* ». Si la compensation correspond aux surcoûts, elle n'est pas une compensation stricte. Car l'exclusion du droit à rémunération du gestionnaire conduirait à le placer dans une situation défavorable sur le marché. Il assumerait une prestation, mais n'aurait aucun droit à s'en rémunérer. Alors, il n'y aurait que peu d'intérêt pour un opérateur dans cette gestion.

613. Si sur le fond le bénéfice raisonnable apporte une limite à la rentabilité et au déficit du gestionnaire, il est sur la forme complexe à établir. La méthode de calcul est peu « ludique »[1307]. Il faut se référer aux textes européens pour en obtenir une définition. Le bénéfice raisonnable est le *taux de rendement du capital* qui correspond au *taux de rendement interne* (ou taux de rentabilité interne – TRI) sur la durée du contrat[1308]. Dans la directive concession, il s'agit du *retour sur capital investi* qui devrait être interprété à la lumière du

---

[1304] Le professeur P. COSSALTER remarque que le principe d'équilibre économique n'est pas autre chose que la conciliation d'une rentabilité limitée et d'un déficit limité, Thèse, *préc.*, p. 731 et s.

[1305] Circ., 4 juillet 2008, NOR/INT/B/08/00133/C : selon la circulaire, le plafond de la compensation est équivalent à « *10 % des coûts liés au fonctionnement du SIEG* ».

[1306] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark, préc.*

[1307] « *Lorsque l'entreprise perçoit un bénéfice raisonnable au titre de sa compensation, le mandat doit aussi clairement établir le mode de calcul de ce bénéfice* », *Ibid.*

[1308] COM (2012/C 8/02), *préc.*, § 61.

TRI de l'opération de concession[1309] et de son rapprochement avec le *coût moyen pondéré du capital*[1310].

614. Une rémanence persiste toutefois, celle de la référence du marché sur lequel ce TRI va s'ajuster. Les outils que sont une « *entreprise moyenne* » du secteur ou d'un secteur aux caractéristiques comparables, supposent que les pouvoirs adjudicateurs aient une certaine marge d'appréciation. Or en réalité, cette marge d'appréciation se résume à appliquer directement et uniformément à toutes les prestations, le taux de rentabilité exigé par le gestionnaire et ce, y compris si celui-ci est au-dessus de la moyenne constatée sur le marché. En effet, le « paquet Almunia » laisse ici les pouvoirs adjudicateurs dans une situation où la négociation apparaît faible (sujétions particulières inexistantes à la concurrence) et les opportunités de contournement du « raisonnable » réelles (droit du pouvoir adjudicateur d'inclure des critères incitatifs, avec ou sans mesure coercitive)[1311].

615. En définitive, la majorité des surcompensations d'obligations de service public et leur contestation sur le fondement du droit des aides d'État repose sur les concurrents ayant un intérêt à contester la position du gestionnaire d'un SIEG. Mais, parce que les gestionnaires ont l'opportunité de présenter une situation plus désavantageuse qu'elle n'est, et parce qu'il est fastidieux pour les concurrents de porter plainte à l'encontre du versement d'une aide prohibée[1312], le contentieux se résume aux services à forts enjeux économiques. Pourtant, tout contrat de concession est susceptible d'être contesté lorsque l'équilibre économique est modifié successivement[1313], jusqu'à devenir incompatible avec le marché européen[1314].

[1309] V. *Infra*, Titre II, Chapitre II, Section 1.

[1310] Rapport sur les compensations de services d'intérêt économique général : mise en oeuvre de la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005, p.21.

[1311] *Ibid.*, § 61.

[1312] V. Règlement (UE) n°372/2014 de la Commission du 9 avril 2014 modifiant le règlement (CE) n°794/2004 en ce qui concerne le calcul de certains délais, le traitement des plaintes, ainsi que l'identification et la protection des informations confidentielles, *J.O.U.E.*, L 109/14 du 12 avril 2014 ; Règlement (CE), n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *J.O.C.E.*, n° L 083 du 27 mars 1999.

[1313] Règlement (UE) n°1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, *J.O.U.E.* du 24 déc. 2013, L 352/1.

[1314] Étant entendu qu'il n'est pas nécessaire, contrairement à l'idée d'une affectation des échanges entre les États membres, que l'affectation soit interétatique. Il peut être simplement local et circoncris, v. SOLOSHCHENKOV (A.), « La notion d'aide d'État : entre rigidité et flexibilité », *R.T.D. eur.*, 2015, p. 757.

616. Toutefois, les aides publiques ne sont pas toutes des aides d'État. Certaines compensations ne visent pas à compenser des obligations de service public, mais des contraintes d'exploitation supportées au-delà de celles-ci[1315]. Tel est le cas de l'indemnisation de préjudices subis par le gestionnaire du service pour les aléas d'exploitation.

Section 2 - L'indemnisation des contraintes particulières d'exploitation

617. Le contrat de concession de service public et de travaux, s'exécute sous l'influence d'une double caractéristique - singularité de l'intérêt général - qui ne se retrouve pas dans les contrats de droit privé. D'abord, et cela a été dit en amont, la concession a pour objet l'exécution du service public, et par conséquent, la poursuite contrainte d'un panel d'obligations attachées à la notion de service public. Puis, par l'objet qui est le transfert de gestion du service public[1316], le contrat de concession est un contrat administratif.

618. Il en découle plusieurs conséquences. Le gestionnaire doit assumer des obligations particulières d'intérêt général, qu'il n'aurait pas assumées dans un contrat de droit privé. Mais, aussi, il ne peut se libérer de ses obligations en dehors des cas de force majeure. C'est ainsi qu'en présence d'un aléa d'exploitation, le contractant est, au nom de la continuité du service public, contraint à poursuivre l'exploitation.

619. La théorie générale des contrats administratifs, sur laquelle nous ne nous étendrons pas tant celle-ci a largement été étudiée et ce, encore récemment[1317], a construit en contrepartie de ces spécificités et en faveur du cocontractant, une forme de « *droit à l'équilibre financier* ».

[1315] Il n'est pas dénié que la source est l'exécution des obligations de service public. Tel est notamment le cas de la continuité du service public ou la mutabilité du service. Mais, le curseur n'est plus celui du risque d'exploitation ; il est celui de l'aléa d'exploitation. C'est ce qui fonde, à notre avis, la frontière entre les notions de compensation et d'indemnisation.

[1316] T.C., 28 mars 1955, req. n°01525, *Association syndicale de reconstruction de Toulon c. Effimieff*, *Leb.*, p. 617, *G.A.J.A.* n°70 ; C.E. sect., 20 avr. 1956, req. n°33961, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard*, *Leb.*, p. 167 et 168 ; *A.J.*, 1956.II.187, concl. LONG (M.) et 221, chr. FOURNIER (J.) et BRAIBANT (G.) ; *D.*, 1956.429 ; *R.D.P.*., 1956.1058, note WALINE (M.) ; *R.A.*, 1956.496, note LIET-VEAUX (G.).

[1317] Par exemple : BRENET (F.), « Nouvelle définition de la clause « exorbitante » », *Dr. adm.* , n°1, Janvier 2015, comm. 3 ; « Regards croisés droit public / droit privé : qu'est-ce qu'une clause exorbitante de droit commun ? », entretien par F. BUY et C.-A. DUBREUIL, *J.C.P.A.*, n°6, 10 Février 2014, p. 2033 ; ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.*, n°10, Octobre 2010, étude 9 ; GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs », *R.D.P.*, 2010, p. 313 ; LAMARQUE (J.), « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : L.G.D.J., 1974, p. 497 et s.

Bien mal nommé[1318], ce droit n'en est pas un, car il repose non pas sur le maintien indéterminé de l'équilibre économique établi au profit du cocontractant de l'administration, mais sur une indemnisation ponctuelle, et justifiée par l'intérêt général[1319] (§1).

620. En outre, le « principe » du droit à l'équilibre financier disparaît progressivement au profit d'une approche contractuelle et pratique du règlement indemnitaire. L'accord *ab initio* n'exclut jamais la possibilité pour les parties (ou plutôt pour la personne publique) de calculer une indemnité *ex nihilo* ; sa validité et son caractère libératoire ne sont que rarement mis en cause, même lorsque le montant est inférieur ou supérieur à la réalité du préjudice. *A contrario*, et de manière constante, l'indemnisation en matière de biens est moins libre. Elle ne peut dépasser la valeur résiduelle, non amortie par le concessionnaire. L'indemnisation est limitée à la valeur nette comptable (§2).

Paragraphe 1 - Une indemnisation de principe fondée sur « *le droit au maintien de l'équilibre financier* »

621. La séparation dogmatique entre droits et obligations du cocontractant de l'administration connaît une frontrière traditionnelle, séculairement reprise au fil des années, à savoir l'équilibre financier. Le contrat administratif, par ses stipulations ou par ce qu'il suggère, oblige le cocontractant à assurer l'exécution du contrat quoiqu'il advienne et dans la limite de la force majeure. La contrepartie qu'il en tire est une paisibilité dans la jouissance de la créance qu'il détient sur l'administration ou sur l'usager du service. Certes, le droit des contrats, fondé sur la pratique de la concession de service public, s'appuie sur la définition compilée des conclusions des commissaires du gouvernement BLUM[1320] et CHARDENET[1321] qui conçoivent la concession par le prisme de l'équivalence financière. Mais, *stricto sensu*, cette équivalence ou cet équilibre financier se présentent comme une obligation que lors de

---

[1318] SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » *in Mélanges offerts à Laurent Richer*, *préc.*

[1319] V. pour une étude complète VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *préc.*, p. 752 et s.

[1320] Rappelons que le commissaire du gouvernement BLUM présice que « l'équivalence honnête », formulation ancestrale de l'équilibre financier se compose de manière à ce que « *les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues* », *préc.* L'équilibre se conçoit hors aléas imprévisibles d'exploitation.

[1321] *Préc.*

l'échange de consentement, et ne vaut que dans la limite du prévu ou du prévisible. Là est la caractéristique primordiale de l'équilibre financier.

622. Nombre d'auteurs[1322], dont ceux du *Traité de droit administratif*, ont relevé l'inadéquation avec la réalité d'un principe du « *droit à l'équilibre financier* » sans toutefois user d'une autre sémantique. Car, bien qu'ayant le défaut d'être un raccourci fâcheux, celle-ci a l'avantage de la pédagogie et de la compréhension[1323]. En voici un exemple reproduit : « *Cette idée d'équilibre ou, comme on dit encore d'équation financière du contrat, consiste à envisager le contrat administratif comme formant un tout dans lequel les intérêts des parties se conditionnent ; lorsque, dans certaines conditions* (…)*, l'équilibre initialement envisagé est rompu au détriment du particulier cocontractant, celui-ci a droit à ce que l'équilibre soit rétabli par l'administration sous la forme d'une compensation pécuniaire* »[1324]. Ce « *certain équilibre* »[1325] fonctionne tout à fait différemment de l'équilibre économique contractuel. Les différentes décisions issues de la jurisprudence administrative permettent d'ailleurs de revenir sur la qualification « de droit au maintien » ; il n'est en effet pas tant question d'un droit favorable au cocontractant, qu'une véritable obligation qui incombe à la personne publique (A). Cette obligation n'est pas la contrepartie d'un service rendu, mais la contrepartie de l'occurrence d'un aléa contractuel. En cela, l'obligation est extracontractuelle, et hors champ du droit de la concurrence (B).

[1322] Nota., SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » *in Mélanges offerts à Laurent Richer*, *préc.* ; RAPP (L.), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrat et Marchés publ.*, n°7, Juill. 2008, étude n°7.

[1323] De nombreux abus de langage sont à la source de « principe » aujourd'hui acquis, appris, et faiblement déboulonnable. En cosmologie et astrophysique, c'est le prinicpe du temps zéro incarné par le « Big Bang ». Or, cette expression inventée par Fred HOYLE ne constitue pas un début de principe cosmologique incarnant une vérité scientifique. Elle est un raccourci qui suppose une explosion cosmique qui, probablement, n'a jamais eu lieu, V. KLEIN (E.), *Discours sur l'origine de l'Univers*, Flammarion, Champs Sciences, 2010.

[1324] DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, p. 772.

[1325] *Ibid.*

A. Du droit au maintien de l'équilibre financier à l'obligation de maintenir un certain équilibre financier

623. Alors que la commande publique a récemment connu une évolution normative où les notions et concepts économiques ont pris toute leur place[1326], il semble anachronique de se référer à un quelconque « *droit au maintien de l'équilibre financier* ». Cela est d'autant plus vrai pour les *concessions,* quelque forme qu'elles aient, car leur structure financière est résolument définie par le risque, antagoniste avec un maintien volontaire de l'équilibre économique[1327]. S'il est vain de trouver une formulation adéquate, il parait intéressant de connaitre la mécanique et les limites de ce « droit ».

624. Le droit au maintien fait écho à l'obligation constante de la personne publique de ne pas perturber l'exploitation du concessionnaire, sauf à en subir les conséquences financières. Alors, le cocontractant aura droit à l'indemnisation de son préjudice (1). Toutefois, lorsque la personne publique n'est pas la cause de la perturbation, elle n'est tenue de maintenir le contrat que par conciliation entre la continuité du service et la réalité du service. Dès lors, le cocontractant aura droit, temporairement, à la compensation de son préjudice (2).

1. L'indemnisation complète du préjudice du cocontractant des perturbations contractuelles causées par la personne publique

625. Comme précédemment abordé, le rétablissement de l'équilibre financier n'est pas systématique. Les hypothèses visées sont celles qui ne trouvent pas leur source dans la réalisation d'un risque transféré à l'exploitant[1328]. Pour reprendre une expression relayée par le professeur L. RAPP, le *droit au maintien de l'équilibre financier* ne saurait faire de la

---

[1326] RAPP (L.), « Quand la finance saisit la commande publique », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1017 ; KIRAT (T.), MARTY (F.), VIDAL (L.), « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *R.I.D. éco*., 2005/3 (t.XIX), p. 291 à 318 ; KIRAT (T.), VIDAL (L.), *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*, Annales de l'Institut André TUNC – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2005 ; KIRAT (T.), VIDAL (L.), DELION (A.), KELESIDIS (D.), MARTY (F.), URI (D.), *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, Manuscrit auteur, publié dans « *Agences de notation, immobilier et, contrats publics. Contributions sur l'attractivité économique du droit »*, DU MARAIS (B.) (dir.), Paris : La documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2007, p. 165 à 252.

[1327] V. *Supra*, Première Partie, Titre 2, Chapitre 1.

[1328] *Ibid.*

personne publique l'« *assureur* »[1329] du cocontractant. D'ailleurs, il s'agit moins d'un rétablissement de l'équilibre financier que d'une reconstruction qui aboutit à un nouvel équilibre financier. La réparation du préjudice financier du concessionnaire conduit à intégrer de nouvelles obligations, ou de nouvelles conditions dans l'équilibre économique pour faire suite à son bouleversement[1330]. Il en va ainsi lors d'une *modification uinilatérale pour motifs d'intérêt général* ou d'une modification induite par la *théorie du fait du prince*[1331].

626. De jurisprudence constante, toute modification unilatérale qui ne résulte pas d'un manquement du cocontractant à ses obligations, et qui n'emporte pas novation de l'objet contractuel[1332], est obligatoirement suivie d'une indemnisation[1333]. Il s'agit là d'une obligation à la charge de la personne publique. Son inexécution est susceptible d'engager sa responsabilité pour faute, et éventuellement la résiliation du contrat sur demande du cocontractant[1334]. L'indemnisation est aussi un droit opposable à la personne publique, tout refus étant susceptible de recours par le cocontractant[1335].

627. Il en va de même en cas de résiliation anticipée pour intérêt général. Il n'est pas question de rétablissement de l'équilibre économique, mais l'estimation de ses capacités résiduelles sur le temps restant à la date de son extinction. Cette estimation concerne la valeur nette comptable des biens, et le manque à gagner du cocontractant. La première étape est aisée, car elle fige le contrat à une date précise, et constate la valeur non amortie du bien en fonction de l'inventaire patrimonial. La seconde est plus complexe, car il s'agit de projeter dans le temps l'exploitation[1336], et d'estimer la rémunération potentielle du concessionnaire

---

[1329] RAPP (L.), « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *préc.*

[1330] VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, *préc.*, p. 118 et s.

[1331] *Supra*, Première Partie, Titre 2, Chapitre 1.

[1332] V. *Infra,* Chapitre 2 ; C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur* ; C.J.U.E., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG* ; C.E., Avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *préc.*

[1333] C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *préc.*

[1334] « (…) *la commune a entendu modifier unilatéralement le contrat de concession sur ce point ; que, saisie à plusieurs reprises et notamment par la lettre susmentionnée du 21 août 1990, par la société concessionnaire afin de voir l'équilibre financier du contrat rétabli, la commune a refusé de faire droit à ces demandes ; que les fautes ainsi commises par la commune sont suffisamment graves pour justifier la résiliation de la concession à ses torts* », C.E., 12 mars 1999, req. n° 176694, *SA Méribel*, *Leb.*, 1999, p. 61.

[1335] T.A. Nice, 9 nov. 2007, req. n° 0305563, *S.A. du Parking de la Promenade du Papillon c. Ville de Nice*, *préc.*

[1336] C.E., 2 mai 1958, req. n° 32401., *Sté Distillerie Magnac-Laval*, *Leb.*, 1958, p. 246

pondérée du risque et de son taux d'occurrence[1337]. Le versement de l'indemnité alors calculée libère respectivement les parties de leurs obligations.

628. Ainsi, qu'il s'agisse d'une modification pour mutabilité, du fait du prince ou d'une résiliation pour motif d'intérêt général, l'indemnisation du préjudice est réputée complète. Cette indemnisation est proportionnée à l'altération de l'équilibre économique sous réserve d'une marge nette bénéficiaire. Mais encore faut-il que la modification soit défavorable au cocontractant. Car, en présence d'une modification favorable, il convient d'estimer l'augmentation de la rentabilité du contrat, et de prévoir les mécanismes de régulation adéquats. De même, si la résiliation pour motif d'intérêt général est décidée pour préserver les finances publiques d'une exploitation structurellement déficitaire[1338], le concessionnaire n'est pas légitime à invoquer un quelconque manque à gagner[1339].

629. Par ailleurs, le manque à gagner doit être concilié avec la notion de rentabilité limitée. L'indemnité versée au cocontractant doit être estimée à la lumière du *bénéfice raisonnable*[1340]. Dans les concessions à rentabilité excessive, cela doit conduire à exclure toute indemnisation du manque à gagner. L'intérêt général ne justifie ainsi que l'indemnisation comptable des biens de retour non amortis[1341].

2. L'indemnisation imparfaite et temporaire dans la limite de la continuité du service public : la théorie de l'imprévision

630. La théorie de l'imprévision telle qu'elle ressort de la jurisprudence *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*[1342] pose les jalons d'un principe qui, s'il est extraordinaire, reste

---

[1337] Ce que le prévisionnel initial ne permet pas d'établir, v. *Supra*, Première Partie, Titre 2, Chapitre 2.

[1338] C.E., 24 févr. 1982, req. n°31581, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment*, *Leb.,* p. 87.

[1339] « *En effet, si les pertes probables d'exploitation qu'aurait subies la société Domaine Porte des neiges sur la durée de la convention privent cette dernière de toute indemnisation d'un invraisemblable gain manqué, elles ne sauraient en revanche remettre en cause le remboursement de la valeur non amortie des investissements réalisés, ni s'imputer sur cette dernière* », DABRETEAU (J.), « Arrêt Société Domaine Porte des neiges : retour sur le droit à indemnisation du concessionnaire en cas de résiliation d'une concession structurellement déficitaire », *CSP-DSP.*, n°21, Février 2016, p. 12

[1340] VILA (J.-B.), « L'indemnité d'un cocontractant lors de la résiliation d'une concession.- De la prise en compte de la comptabilité par le juge du contrat à un juge comptable du contrat », *J.C.P.A.*, n°37, 12 Septembre 2011, 2294.

[1341] WIERNASZ (M.), « Faut-il indemniser le manque à gagner lors de la résiliation d'une délégation de service public en raison de sa durée excessive ? »*, A.J.D.A.*, 2013, p. 1499.

[1342] C.E., 30 mars 1916, *préc.*

heureusement peu employé (ou peu employable) dans la pratique[1343]. Le raisonnement, centenaire, mérite d'être reproduit dans son intégralité. Celui-ci est toujours d'actualité.

> « *Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité* (…) *; que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ; Mais considérant que,* (…) *la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée. Que la compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée ;* (…) *qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ; qu'il y a lieu, en conséquence,* (pour l'autorité publique ou les parties) *de déterminer, en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à*

[1343] C.E., 5 avril 2002, req. n° 199686, *Société des mines de Sacilor Lormines*, *inédit*.

laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée ».

631. Cette relecture appelle plusieurs observations sur les conditions, multiples et cumulatives, pour invoquer la théorie de l'imprévision. En premier lieu, l'imprévision est une situation d'exception qui interfère avec les conditions normales d'exploitation. La circonstance d'imprévision, c'est l'évènement surréaliste, incalculable, même par une analyse très pointue du secteur et de ses potentielles évolutions[1344]. Cela présuppose toutefois que les parties aient établi avec diligence un cadre d'exécution prospectif suffisant et sincère. Les insuffisances du prévisionnel ne donnent jamais lieu à un evènement imprévisible[1345], seulement à un évènement imprévu[1346]. Tel était le cas d'une hausse des prix consécutive à une période de guerre.

632. En deuxième lieu, l'évènement imprévisible doit bouleverser l'économie du contrat. L'équilibre économique est bouleversé lorsque l'évènement n'est ni de l'ordre des *risques et périls*, ni du léger *péril*[1347]. Il est un *péril* certain, inaltérable et irrémédiable pour l'équilibre économique qui ne permet plus au cocontractant de poursuivre l'exécution dans son cadre. C'est donc un surplus de péril auquel nul n'a à répondre.

633. En troisième lieu, l'imprévision n'est qu'une « force majeure temporaire ». Ainsi, le contrat administratif impose[1348] au cocontractant de poursuivre ses obligations dans la limite d'une période de *transition délimitée*. Le maintien dans le temps de cette période la rend

---

[1344] RUELLAN (A.), HUGÉ (A.), « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », *préc.*

[1345] « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle, été envisagé comme correspondant au prix maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise* », *Ibid.*

[1346] C'est le critère de l'externalité ou d'aléa exogène.

[1347] L'existence corrollaire d'un déficit d'exploitatiron n'est naturellement pas suffisamment, C.E., 15 juin, 1928, *Commune de la Courtine*, *Leb.*, p. 757. Il doit s'agit d'un déficit « extracontractuel », C.E., 9 déc., 1932, req. n°[s]89655 et a., *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *S.*, 1933, 3, 9, concl. JOSSE, note LAROQUE.

[1348] C'est bien le contrat administratif qui impose cette règle, explicitement ou implicitement, non pas la personne publique. Même si la personne publique tarde à indemniser son cocontractant, ce dernier ne peut rompre le contrat ou arrêter l'exécution du service public. V. C.E., 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, *préc.*

irrévocable et irrésistible. La force majeure s'impose aux parties. La sujétion de continuité du service public n'est plus opposable au concessionnaire[1349].

634. Enfin, la troisième caractéristique de la théorie de l'imprévision[1350], est que l'indemnité versée temporairement ne prend que partiellement en compte les préjudices subis par le cocontractant. L'imprévision, qui est hors faute contractuelle ou extracontractuelle, voit ses conséquences « partagées » entre les parties. À cet égard, une circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques dispose qu'il est de bonne pratique de laisser au titulaire du contrat la charge « *d'au moins 10 %* »[1351] des surcoûts d'imprévision[1352].

635. Les hypothèses d'imprévision - au sens générique - relayées par la jurisprudence administrative ont fait émerger, intérêt général en filigrane, la nécessité de préserver l'exploitation au-delà des prévisions établies *ab intio*. D'ores et déjà, il faut entendre que l'aléa imprévu n'est pas un risque d'exploitation et n'est donc jamais compris *ab initio* dans l'équilibre financier. Les indemnisations accordées sont extracontractuelles. Ce sont des financements exceptionnels qui s'ajustent en fonction de l'équilibre économique primordial et qui, selon les modifications induites, peuvent l'intégrer définitivement par voie d'avenant. Mais, dans ce cas, ces financements ne sont plus exceptionnels, et constituent un nouvel élément de rémunération[1353].

[1349] C.E., 9 déc., 1932, req. n°s89655 et a., *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *préc.*

[1350] GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), *Traité de droit administratif*, *préc.*, p. 251 et 252.

[1351] Circ. du 20 nov. 1974, § 4.2.2., *J.O.R.F.,* du 30 novembre 1974, n° 2007.

[1352] En pratique, il n'existe pas de textes pour les contrats de délégation de service public ou de concession. Par extension, rien ne s'oppose à ce que les parties négocient une indemnité supérieure ou inférieure à cette limite de prise en charge.

[1353] HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, p. 411. Concernant l'imprévision, l'auteur interprète l'indemnisation comme un élément de rémunération temporaire et contractuel. Cela réfuterait l'idée d'une extracontractualité de la situation d'imprévision. Pourtant, s'il est loisible aux parties de convenir dans le contrat, d'un mode de détermination des indemnités d'imprévision, l'indemnité n'a pas vocation à perdurer dans le temps, et n'a pas à venir modifier l'équilibre économique de manière permanente. Or, l'intégrer à l'équilibre économique contractuel comme élément de rémunération, c'est aussi risqué de maintenir cet avantage indéfiniement. Et, puisque ce qui n'est pas prévu tombe sous le joug de l'article 36 du décret du 1er février 2016 sur les modifications contractuelles des concessions, et que la nature même de l'indemnité d'imprévision est qu'elle compense un boulersement de l'économie, il est à craindre que l'équilibre économique du contrat incluant l'indemnité contrevienne sous ce format, au droit de la concurrence.

B. Des financements hors équilibre financier primordial

636. L'indemnisation corrolaire aux contraintes d'exploitation communes à tout contrat administratif est un financement exceptionnel qui ne relève pas de l'équilibre économique primordial. Les situations d'imprévisions, la modification unilatérale pour motif d'intérêt général, le fait du prince ou la résiliation unilatérale par la personne publique, ne sont précisément pas des hypothèses qui entrent *ab initio* dans le calcul de l'équation économique du contrat. Cette équation est établie en fonction des investissements initiaux et/ou futurs prévus ou prévisibles, des recettes prévues et espérées, de la durée déterminée, et tout cela en fonction des charges d'exploitation attendues et calculées. À aucun moment l'équilibre basique n'est fondé sur une imprévision ou une imprévisibilité ; elle est fondée sur le risque, l'incertitude et les probabilités.

637. La théorie générale des contrats administratifs va dans le sens du détachement entre l'équilibre économique et son maintien. La procédure du rétablissement passe par un fait « *extracontractuel* » - qui bouleverse l'économie du contrat - soit littéralement un fait qui est en dehors du cadre contractuel et de ses prévisions.

638. La résiliation pour motif d'intérêt général est en l'occurrence un évènement imprévisible car, lors de la conclusion du contrat, l'objectif n'est pas d'y mettre fin à un moment donné mais de le poursuivre jusqu'à son terme[1354]. L'indemnisation totale des investissements et du préjudice ne vise pas l'équilibre économique consenti, qui s'éteint avec la résiliation, mais ce qu'il aurait pu être jusqu'à son extinction normale. Pour l'imprévision, le fait extracontractuel, non fautif, n'est de la responsabilité d'aucune partie. L'indemnité est une aide extérieure pour la continuité du service public et temporellement cadrée par la balance continuité/force majeure[1355].

[1354] Tel est l'esprit de la loyauté contractuelle, définie par les décisions *Commune de Béziers I et II,* C.E., 28 déc. 2009 et C.E., 21 mars 2011, v. BRACONNIER (S.), « Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement... », *R.D.I.*, 2011, p. 270.

[1355] Ainsi, lorqsue des mesures ont été contractuellement prises pour réévaluer les prix pratiqués au contrat, aucune imprévision n'est invocable par le cocontractant suite à la hausse des matières premières, sans présence d'externalité, C.A.A. Nancy, 8 avr. 2013, req. n° 12NC00503, *Société Constructions Métalliques Savoyardes* : JurisData n° 2013-009711 ; *Contrats et Marchés publ*., n° 6, Juin 2013, comm. 165

639. Face au droit européen, l'indemnité versée, parce qu'elle prend sa source dans un fait exogène au contrat et aux parties, ne devrait pas constituer une aide d'État. C'est si et seulement si ce financement trouve sa source dans l'équilibre financier primordial, qu'il peut éventuellement faire l'objet d'une requalification. De même, la modification du contrat devrait, dans certaines mesures, entraîner une remise en concurrence[1356]. En se fondant sur l'équilibre financier, l'aide versée serait une garantie du risque pourtant accepté *ex ante* par le cocontractant. L'équilibre économique du contrat ne permettrait alors plus de le qualifier comme une concession[1357].

640. Concernant la modification unilatérale d'intérêt général, le droit a apporté quelques tempéramment à l'extracontractualité de l'évènement. Sous l'empire de la loi *Sapin* consolidée par la loi MURCEF, le législateur avait prévu une réserve légale qui concernait les modifications imprévues au contrat et imposées par la personne publique. L'ancien article L.1411-2 C.G.C.T prévoyait ainsi des hypothèses de modifications unilatérales pour la réalisation de nouveaux investissements et qui devaient donner lieu, soit à une absorption de son coût par l'équilibre économique primordial, soit à une hausse tarifaire, soit, si aucun des deux n'étaient possibles, à considérer que l'économie générale était modifée et nécessitait alors une prolongation de la durée d'exploitation. En l'absence de prolongation, l'équilibre économique devait être considéré comme non consenti par les parties.

641. L'article 36 du décret du 1er février qui abroge le dispositif précédent, tend à encadrer par le contrat les hypothèses d'imprévisions et les modifications qui interviennent en cours d'exécution[1358]. Désormais, on trouve deux sortes de modifications contractuelles pour motif d'intérêt général. La première, c'est l'imprévu d'intérêt général. En ce sens « *lorsque, sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, des travaux ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial* », la modification du contrat et des conditions de son équilibre économique est admise « *à la*

[1356] D. n°2016-86, Art. 36. Sur ce point ECKERT (G.), « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°122, Août 2014, étude 6.

[1357] SYMCHOWICZ (N.), *préc.*

[1358] Le code de la voirie routière, par son article L.122-4, dispose spécifiquement pour les autoroutes que « *Des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal* », et que « *Leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire* ».

double condition qu'un changement de concessionnaire : (…) *soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale* ; [et] *présenterait pour l'autorité concédante un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts* ». La seconde, c'est l'imprévisibilité d'intérêt général quand « *sous réserve de la limite fixée au I de l'article 37, la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* »[1359].

642. La spécialisation progressive du droit des contrats publics[1360] conduit désormais à retenir certaines singularités d'intérêt général mais de manière restreinte. Le droit applicable aux contrats tend clairement à se rapprocher de la loi des parties, process commun de formation des contrats de droit privé. Autrefois, l'exorbitance du contrat administratif permettait d'inclure tacitement et implicitement certaines règles qui auraient été léonines en contrat privé[1361]. Aujourd'hui, par l'impulsion du droit européen, les spécificités d'intérêt général se voient réduites ou anticipées par le contrat. Le législateur européen a répandu et généralisé certains traits hier exorbitants, mais aujourd'hui devenus communs et transposés dans un type contractuel, le marché ou la concession. Aussi, face à un cadre européen devenu strict quant à la valeur des adaptations contractuelles intervenant en cours d'exploitation[1362], il est fort à

[1359] Dans ces deux alinéas, la modification unilatérale pour motif d'intérêt général ne saurait entrainer une modification de la valeur du contrat initial actualisée, par un ou plusieurs avenants, de plus de 50 %. Le droit européen, s'il a toujours entendu limiter les avenants pour modifications substantielles, n'avaient jamais été si précis sur les limites des modifications pour motif d'intérêt général. Il revenait au juge, en l'absence de mention au contrat, d'estimer la limite supérieure de l'importance du bouleversement de l'économie du contrat par la modification d'intérêt général alors imposée, DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, p. 770, § 1049. V. aussi, HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats – Marchés publ.*, n°6, Juin 2014, dossier 16 ; ECKERT (G.), « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°722, Août 2014, étude 6 ; Pour exemple, CE, 23 mai 1936, Cne Vésinet, *Leb.*, p. 591

[1360] ECKERT (G.), « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.,* n°10, Octobre 2010, étude 9 ; GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.), *Traité de droit administratif*, *préc.*, p. 268 et s.

[1361] C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *préc.* ; C.E., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, préc.* ; DE LAUBADÈRE (A.), « Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *R.D.P.*, 1954, p. 36.

[1362] V. *Infra.*, Chapitre II, Section 1, §1, B, 2.

parier que l'évaluation des indemnités soit de manière privilégiée, prévue par le contrat et les parties.

Paragraphe 2 - Une indemnisation concrète fondée sur la relation contractuelle

643. Qu'il s'agisse d'un assouplissement du droit des contrats administratifs, ou d'un vent de libéralisme, les contrats des personnes publiques font une place grandissante à la négociation et à la médiation contractuelle[1363]. Cette forme d'affinage « en interne », sans recours aux grands principes et grandes théories, ou au recours *a priori* au juge, domine l'établissement de l'équilibre économique, son suivi et son exécution. L'indemnisation du cocontractant, pour quelque raison que ce soit, n'exclut pas cette négociation voire la privilégie. C'est ainsi que la prévisibilité du tout contractuel, socle d'appréciation de la loyauté entre les parties, prend le pas sur l'implicitement convenu. Les parties et le juge du contrat font de plus en plus confiance aux clauses contractuelles, pour les préférer, lorsqu'elles sont suffisamment claires et précises, aux droits et principes de la théorie générale des contrats administratifs. Le contrat, par ses clauses, apporte une sécurité juridique et réduit l'aléa du contentieux.

644. Toutefois, la force de l'écrit contractuel n'est pas synonyme d'omnipotence. Les parties ne sauraient se résoudre par le contrat à s'obliger et se contraindre à des prestations irrégulières ou non conformes aux constantes juridiques. Par exemple, l'abandon d'une prérogative de puissance publique n'est pas plus contractualisable que l'obligation de poursuivre une prestation qui va à l'encontre des intérêts du cocontractant[1364]. C'est, en fait, par une analyse de proportionnalité entre les constantes juridiques et la liberté contractuelle, que les parties peuvent négocier et s'engager. Les clauses relatives à l'indemnisation ds parties en témoignent. Ces dernières sont libres de convenir, dès le départ, dans le cahier des charges, du montant des indemnités qui devra être versé au cocontractant. Libre à ce dernier de se satisfaire d'une indemnité qui, potentiellement, peut être inférieure aux préjudices qu'il

---

[1363] *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative*, colloque organisé par le Conseil d'État, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), Maison du Barreau de Paris, 17 juin 2015.

[1364] C.E., Ass., 28 déc. 2009, req. n°304802, *Commune de Béziers*, *B.J.C.P.*, avril 2010, p. 138, concl. GLASER (E.) ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 4 et 142 ; C.A.A. Nancy, 10 juin 2013, req. n° 12NC00341, *Société de construction et de gestion immobilière*, *Contrats et Marchés publ.*, n°8-9, Aout 2013, comm. 230.

pourrait subir (A). Mais, *a contrario*, l'indemnité globale à laquelle il pourrait prétendre ne peut, sans rompre avec le droit, s'éloigner d'une constante : le *bénéfice raisonnable* (B).

A. L'opportunité de moduler les droits à indemnité du concessionnaire

645. Lorsque le concessionnaire démontre un préjudice subi, il est en droit de requérir un demande d'indemnisation. Cette indemnisation peut être requise auprès des établissements d'assurance près desquels il a contracté. Elle peut aussi être requise auprès des usagers ou des tiers fautifs sur la base d'une responsabilité civile ou pénale. Mais, elle peut aussi être requise auprès de la personne publique si cette dernière est responsable du fait préjudiciel. Ainsi, même si elle n'a pas été définie par le contrat, son indemnisation est intangible ; elle impose néanmoins un consensus difficilement atteignable sans recours au juge (1). *A contrario*, et bien que l'indemnisation soit prévue par le contrat, les parties peuvent recourir au juge lorsque, manifestement, l'indemnisation contractuelle est excessive (2).

1. Inaltérabilité du droit à indemnisation du concessionnaire

646. Lorsque le concessionnaire n'est pas responsable, en tout[1365] ou partie[1366], du préjudice dont il se plaint, son droit à indemnisation jouit d'une certaine intangibilité[1367]. Il s'agit là d'une manifestation du droit d'exploiter paisiblement le service et le droit de parvenir à l'équilibre financier dans des conditions normales. Le juge l'exprime par une formulation sans équivoque et sans cesse reprise : il n'est possible d'altérer le contrat que « *sous réserves des droits à indemnité du cocontractant* »[1368]. L'indemnisation est ici la contrepartie de l'anormalité[1369]. Aussi, il est loisible aux parties d'apprécier par le contrat les conséquences indemnitaires de situations anticipées, dans des proportions prédéfinies. Les contrats prévoient tous, *a minima*, une discussion ou une prise de rendez-vous *interpartes* lorsqu'un évènement vient altérer l'exploitation normale du concessionnaire. Dans le même sens, les

---

[1365] La liberté contractuelle permet toutefois d'organiser l'indemnisation partielle du cocontractant suite à une résiliation pour faute, sauf en cas de faute lourde, C.E., 24 nov. 2003, *Société Le Cadoret* : JurisData n° 2003-066155 ; *Leb.*, p. 945 ; *B.J.C.P.,* 2004, n° 33, concl. GLASER (E.).

[1366] C.E., 10 févr. 2016, req. n° 387769, *Société Signacité* : JurisData n° 2016-002147 ; *Contrats et Marchés publ.*, n°4, Avril 2016, comm. 98.

[1367] BRACONNIER (S.), « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *R.D.I.*, 2011, p. 396.

[1368]C.E., 4 mai 2011, req. n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*, *Uzès et Bagnols et Le Vigan*, *A.J.D.A*, 2011, p. 929 ; *Contrats et Marchés publ.*, 2011, comm. 216.

[1369] *Supra.*

parties, sous l'impulsion de la personne publique, prévoient largement les hypothèses contractuelles de sanction et de pénalités respectives applicables pendant l'exploitation.

647. C'est une certaine liberté qui est acquise aux parties pour définir les montants ou les formules de détermination des indemnités auxquelles il peut être prétendu. L'indemnité peut être négociée lors de l'évènement préjudiciable, en prenant en compte l'actualisation financière de l'exploitation. L'indemnité peut aussi avoir été prévue *ab initio*, et peut être plus ou moins avantageuse que la réalité du préjudice. Enfin, les parties ont la possibilité d'exclure toute indemnité[1370]. Dans tous les cas, seules les dispositions non équivoques, suffisamment claires et précises[1371], sont invocables et opposables.

648. Par une décision *Chambre de commerce et d'industrie de Nimes, Uzès, Bagnols et Le Vigan*, le Conseil d'État présente méthodiquement l'application du droit à indemnisation en l'absence de faute du cocontractant. À l'occasion du litige né de la décision de la la commune du Grau-du-Roi de reprendre en régie l'exploitation du port de plaisance de Port-Camargue confiée par concession à la CCI de Nîmes, le juge a compilé l'état du droit applicable à l'indemnisation des concessionnaires de service public. Ainsi, « *en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire et que l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ; que ce principe, découlant de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, ne s'appliquant pas aux personnes privées, rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration* ».

649. Ce considérant de principe expose clairement trois typologies d'indemnisation du préjudice (plus faible, plus forte, aucune) avec deux limites. La première est organique. Parce que les personnes publiques ne peuvent être titulaires de contrats publics que sous réserve

[1370] C.E., 19 déc. 2012, req. n° 350341, *Société AB Trans* : JurisData n° 2012-030068 ; *D.A.*, n°6, Juin 2013, comm. 42.

[1371] C.E., Ass., 24 mars 2006, req. n°288460, *Société KPMG et a.*, *A.J.D.A.*, 2006, p. 684.

d'un « intérêt public local »[1372], la renonciation ou l'indemnisation au rabais ne sauraient leur être appliqués. En l'espèce, la CCI de Nîmes est un établissement public industriel et commercial, la renonciation à une indemnité ne peut lui être imposée et ce, même si celle-ci a été contractuellement convenue[1373].

650. La seconde est juridique. Le juge rappelle un principe constant qui est l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir de quelconques libéralités[1374]. Issue de la jurisprudence *Mergui*[1375], la personne publique n'a pas à être redevable de ce qu'elle ne doit pas. Par cet arrêt, le juge rappelle ce principe tout en n'excluant pas l'hypothèse inverse, celle selon laquelle les personnes publiques peuvent indemniser moins que ce qu'elles doivent. Mais, dans tous les cas de figure, s'il en est fait la demande au juge, celui-ci peut se saisir du montant des indemnités et s'il est « *manifestement excessif* », en moduler le volume.

2. La modulation des indemnités manifestement excessives

651. Pour répondre à un litige lors de l'exécution, les parties se réfèrent préférentiellement aux stipulations contractuelles ou, si elles n'existent pas, se rapprochent entre elles pour définir consensuellement les modalités d'indemnisations. La loi des parties n'est ni absolue ni irrémédiable et, surtout, ne s'applique à la personne publique que dans la limite où elle n'éteint pas ses prérogatives de puissance publique. Or, dans les faits, certaines clauses relatives à l'indemnisation du cocontractant peuvent altérer l'opportunité de la personne publique à recourir à ses prérogatives. Il en va ainsi en matière de résiliation pour motif d'intérêt général. Dans certaines hypothèses, la balance entre intérêt général – raison de la résiliation – et l'indemnité – coût de la résiliation - peut être prohibitive pour la personne publique[1376]. En sens inverse, une clause qui, à défaut de consentement du cocontractant, tend

---

[1372] « (…) *qui constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération à la charge* ». Tel est le cas « *notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier* », C.E., 30 déc. 2014, req. n°355563, *Société Armor SNC*, *CSP-DSP*, n°21, Février 2016, p. 19, chron. RAYMUNDIE (O.).

V. aussi, C.E., Avis, 8 nov. 2000, *Jean-Louis Bernard Consultants*, *préc.* ; C.E., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *préc.*

[1373] C.E., 4 mai 2011, req. n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*, *Uzès et Bagnols et Le Vigan*, *préc.*

[1374] CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés.- Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Dalloz, 2004, p. 625 et s.

[1375] C.E., 19 mars 1971, req. n°79962, *Mergui*, *Leb.*, p. 235.

[1376] C.E., 10 nov. 1927, *Guinard*, *Leb.*, p. 949; C.E., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *préc.*

à réduire l'indemnisation complète du concessionnaire, serait de nature à priver celui-ci, des droits patrimoniaux auxquels il peut prétendre[1377].

652. C'est par un contrôle de proportionnalité, asymétrique, que le juge étudie les droits indemnitaires dus après résiliation unilatérale pour intérêt général. L'inspiration du juge administatif est ici civiliste. Elle est tirée de l'alinéa 2 de l'ancien article 1152 du code civil, réécrit à l'article 1231-5 du même code.

653. Ainsi, dans les contrats de droit privé, lorsque des indemnités y sont définies, le juge « *peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ». Cette insipiration, qui a fait l'objet d'un précédent en matière administrative pour les pénalités contractuelles de retard[1378], s'est renouvelée dans l'arrêt *CCI de Nîmes*[1379]. En précisant que l'indemnisation contractuelle ne saurait aboutir à « *une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi* », on comprend que les clauses indemnitaires ont un seuil[1380] et un plafond : Elles n'ont ni à être dérisoires, ni excessives. Aussi, en cas de saisine par la personne publique[1381], le juge peut moduler le montant de l'indemnité s'il est démontré que l'indemnité est « *manifestement excessive* ».

654. Face à la force du contrat, le juge se place en tant que recours contre les excès du consensualisme. S'il n'est pas contestable que le pouvoir de modulation soit bénéfique[1382] pour satisfaire équitablement les intérêts respectifs, il demeure une réserve quant aux méthodes du juge pour aboutir à l'indemnisation la plus juste. S'il intervient à la lumière des stipulations, le juge doit être en mesure d'apprécier l'intégralité de l'équilibre économique. Or, l'appropriation de l'équilibre économique des concessions de service public par le juge n'est

---

[1377] BRACONNIER (S.), « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *préc.*

[1378] C.E., 29 déc. 2008, req. n°296930, *Office public d'habitation à loyers modérés de Puteaux*, *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 40, ECKERT (G.) ; *R.J.E.P.*, n° 662, Mars 2009, comm. 14, concl. DACOSTA (B.).

[1379] *Préc.* ; C.A.A. Nantes, 12 juill. 2016, req. n° 14NT03075, *OPH Le Mans Habitat*, *Contrats et Marchés publ.*, n° 10, Octobre 2016, comm. 240.

[1380] Concl. DACOSTA (B.), C.E., 22 juin 2012, req. n° 348676, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier*, *B.J.C.P.*, 2012, p. 333.

[1381] C'est en cela que le contrôle est asymétrique ; les décisions suivantes montreront en effet que le cocontractant peut refuser contractuellement une indemnité de résiliation, C.E., 19 déc. 2012, *Société AB Trans*, *préc.*

[1382] FAVRET (J.-M.), « Pouvoir du juge administratif de moduler l'indemnité de résiliation prévue par un contrat », *A.J.D.A.*, 2016, p. 2095.

pas d'une constance absolue[1383]. D'ailleurs, cette appropriation de l'équilibre économique a trop souvent abouti à devoir définir des pourcentages ou prorata à partir, ou en deçà desquels, l'équilibre économique était ou n'était pas[1384].

655. La jurisprudence récente démontre néanmoins que le juge peut analyser le contrat à l'aune de son équilibre financier pour définir les indemnités. En ce sens, pour évaluer l'indemnité de manque à gagner, le juge prend en compte les recettes, ainsi que les charges d'exploitation[1385]. Il mesure l'indemnité uniquement sur la durée résiduelle du contrat et non sur la durée éventuellement prolongée[1386].

656. Il fait là une application stricte de l'obligation de chiffrer avec exactitude les demandes indemnitaires évaluées sur la base de faits certains et non hypothétiques[1387]. En matière de concession, on constate que la méthode de calcul des indemnités se résume pourtant à se conférer aux données du prévisionnel, ou à retenir les chiffres d'affaires constatés sur les derniers comptes rendus techniques et financiers[1388]. Cette méthode, simple, exclut néanmoins le taux d'occurrence du risque d'exploitation et part du postulat selon lequel le concessionnaire aurait bénéficié de conditions normales sur la durée résiduelle.

657. Récemment, le juge a expérimenté une analyse de l'indemnité du concessionnaire en deux étapes. D'abord, il détermine l'indemnisation des biens par la valeur nette comptable, puis par la suite, il détermine l'indemnisation du manque à gagner. Mais, la valeur globale de l'indemnité est encadrée par le bénéfice raisonnable.

B. L'encadrement des indemnités par le bénéfice raisonnable

658. L'utilisation du « bénéfice raisonnable » en tant que limite aux indemnités calculées selon l'équilibre économique est encore balbutiante. Cela est en partie dû à la plasticité de la

---

[1383] Rappelons que la durée du contrat fait l'objet d'un contrôle restreint, alors même qu'elle est une des pierres angulaires de l'équilibre économique et du risque d'exploitation.

[1384] V. *Supra*, concernant la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, Première Partie, Titre II, Chapitre 1.

[1385] C.E., 22 juin 2012, req. n° 348676, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier*, *préc.*

[1386] C.E., 10 févr. 2016, *Société Signacité*, *préc.*

[1387] TAUGOURDEAU (J.-P.), « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique », *A.J.D.A.*, 1974, p. 512.

[1388] C.E., 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval, préc.*

notion et aux difficultés pratiques pour l'établir *strico sensu*. Le bénéfice raisonnable traverse pourtant l'équilibre financier des concessions avec des appuis textuels de plus en plus nombreux, qu'il s'agisse du mode de détermination de l'équilibre ou qu'il s'agisse des modes de compensation de celui-ci. Il s'impose de fait aux parties et au juge dans l'analyse des éléments financiers qui découlent de l'équilibre. Les indemnités conventionnelles n'échappent pas à cette règle d'appréciation. Parce qu'elles reconstituent fictivement l'équilibre financier contractuel, elles doivent en suivre par parallélisme la structure. Dès lors, l'indemnité relative aux investissements doit prendre en compte leur volume et leur amortissement. Tel est le rôle de la valeur nette comptable (1). Puis, l'indemnité doit prendre en compte la rémunération du concessionnaire. Tel est l'objet du manque à gagner et, plus exceptionnellement, de l'indemnisation du préjudice commercial et personnel (2).

1. Valeur nette comptable, référence matérielle pour la juste indemnisation des biens de retour

659. Lorsque le contrat de concession arrive à son terme, l'inventaire des biens doit être dressé pour constater matériellement et comptablement leur statut et leur valeur. Cette étape dans la liquidation financière de la concession est fondamentale puisqu'il s'agit d'intégrer les biens de retour dans le patrimoine de la personne publique. Classiquement, ce retour est gratuit, le concessionnaire ait réputé avoir achevé l'amortissement des biens[1389].

660. Ce schéma n'est toutefois pas automatique. On l'a vu, la personne publique a l'opportunité de choisir une durée qui se distingue de la durée normale d'amortissement comptable pour préférer une durée dynamique. Elle peut en outre convenir d'une durée qui inférieure à celle nécessaire pour amortir techniquement et fiscalement les investissements. Le retour ne peut être dans cette hytpothèse gratuit[1390].

661. La résiliation anticipée du contrat de concession emporte des conséquences tout à fait identiques sur l'équilibre financier. La fin prématurée empêche le concessionnaire de jouir pleinement de son droit d'exploiter. Afin de permettre le retour sur investissement et d'éviter

---

[1389] V. *Supra*, Première partie, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

[1390] C.E., 4 juill. 2012, req. n°352417, 352449, 352418, 352450, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, *préc.* ; C.E., 13 févr. 2015, req. n°373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal*, *préc.*

l'enrichissement sans cause de la personne publique[1391], le cocontractant est en droit de demander le paiement de la soulte financière correspondant à la part non amortie des biens[1392]. Le calcul de l'indemnité est, de manière constante, fondée sur la valeur nette comptable[1393]. Par ce biais, il est possible d'estimer la perte constatée par le concessionnaire[1394] car elle inclut tant le coût physique des investissements, que le coût de son financement[1395].

662. La référence à la valeur nette comptable permet une estimation purement objective. Elle s'applique à chaque type de rupture, y compris lorsqu'elle a lieu pour faute[1396]. L'indemnité ne vise que la valeur du bien de retour, propriété publique ou considérée comme telle[1397], qu'elle ait été utile au concessionnaire ou non[1398]. En quelque sorte, l'indemnité fondée sur la valeur nette comptable revient à considérer l'opération comme une acquisition de biens par la personne publique[1399].

663. Il faut faire ici quelques remarques. D'abord, l'indemnisation des biens sur la base de la valeur nette comptable n'est pas systématiquement invocable. En tout état de cause, elle ne parait pas invocable lorsqu'elle est la conséquence d'une résiliation pour durée excessive. Ce

---

[1391] VILA (J.-B.), « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », *préc.*

[1392] CE, 21 oct. 2013, req. n° 358873, *Min. c. Sté SEMIDEP*, concl. BOHNERT (B.), *Dr. Fisc.*, n°6, 6 Février 2014, comm. 154 ; C.E., 13 févr. 2015, req. n°373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal*, *préc.*

[1393] Par exemple, l'indemnité basée sur la valeur nette comptable sera diminuée éventuellement des coûts engendrés par le mauvais entretien ou le remplacement prématuré des biens de retour suite à l'activation par la personne publique de la clause de retour conforme et en bon état desdits biens, V. VILA (J.-B.), « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », *A.J.D.A*, 2015, p. 1051.

[1394] C.E., 8 févr. 2010, req. n° 323158, *Commune de Chartres*, *A.J.D.A.*, 2010, p. 240 ; *J.C.P.A.*, 2010, n° 2146, note VILA (J.-B.) ; *B.J.C.P.*, 2010, n° 70, p. 208, concl. DACOSTA (B.), *Contrats et Marchés publ.*,. 2010, n° 147, note ECKERT (G.) ; C.A.A Marseille, 7 janv. 2011, req. n° 08MA00362, *Ville de Cannes c. Société Compass Group France*, *J.C.P.A.*, n° 37, 12 Septembre 2011, 2294 ; C.E., 4 juill. 2012, req. n°352417, 352449, 352418, 352450, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, *préc.* ; CE, 21 oct. 2013, req. n° 358873, *Min. c. Sté SEMIDEP*, *préc.*

[1395] C.A.A. Marseille, 17 janv. 2011, req. n°08MA00362, *Ville de Cannes c. Société Eurest et Compass group*, *J.C.P.A.*, n°37, 12 Septembre 2011, 2294, comm. VILA (J.-B.).

[1396] Elle s'impose de la même manière pour les concessions structurellement déficitaires : C.E., 4 mai 2015, req. n°383208, *Société Domaine Porte des neiges*, *CSP-DSP.*, n°21, Février 2016, p. 12, note DABRETEAU (J.) ; GRIMAUD (P.), « Résiliation d'une DSP : droit à indemnisation des biens de retour non amortis ouvert même lorsque le compte prévisionnel d'exploitation est déficitaire – Conseil d'État 4 mai 2015, *A.J.C.T.*, 2015, p. 488.

[1397] C.E., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, *préc.*

[1398] BOURDON (P.), *Le contrat admnistratifs illégal*, Dalloz, 2014, p. 514

[1399] GRIMAUD (P.), *préc.*

nouveau contentieux issu de la jurisprudence *Commune d'Olivet*[1400], est motivé autant par l'intérêt général que par la nécessité de sanctionner les durées « anormales » d'amortissement[1401]. Ainsi, lorsque le contrat est dénoncé puis porté devant le juge, il convient de reconstruire une durée réaliste d'amortissement des biens. La durée obtenue, si elle est strictement inférieure à la date de la résiliation, signifie que la valeur nette comptable du bien doit nécessairement être nulle : il n'y a donc aucune indemnité[1402].

664. Puis la valeur nette comptable ne permet pas de rendre compte de l'avantage indûment acquis par le concessionnaire antérieurement à la résiliation[1403]. On remarque que la linéarité des écritures comptables du concessionnaire peut très bien aboutir à constater un reste à amortir malgré une durée excessive. Celui-ci peut avoir fortement lissé son amortissement sur toute la durée contractuelle[1404]. Enfin, et *a contrario*, la V.N.C. en tant qu'écriture comptable, ne retranscrit pas nécessairement un amortissement « matériel » des biens car, si l'exploitation est structurellement déficitaire, ou si l'exploitant a subi le risque d'exploitation, ce dernier peut ne pas avoir été en mesure de recouvrer son investissement et de se se rémunérer de l'opération malgré une V.N.C. inscrite comme nulle.

665. Par ailleurs, la fonction de V.N.C. est limitée. En matière de résiliation anticipée, son calcul établit l'indemnité de sortie des biens correspondant à la contrepartie du transfert patrimonial. Mais la valeur nette comptable ne permet pas de reconstituer l'ensemble des gains fiscaux réalisés par la concession. Tels sont l'amortissement de caducité et les dotations pour renouvellement qui permettent la reconstitution du capital investissement du

---

[1400] *Préc.*

[1401] Première partie, Titre II, Chapitre 2 ; C'est ce qu'il ressort d'une décision Société Vivendi où le juge considère que « *le motif même de la résiliation de la convention fait obstacle à ce que la société Vivendi, soit indemnisée, ainsi qu'elle le demande, du préjudice résultant du manque à gagner pour la période postérieure à la résiliation* », C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, *Société Vivendi*, *préc.*

[1402] VILA (J.-B.), « L'indemnité d'un cocontractant lors de la résiliation d'une concession. - De la prise en compte de la comptabilité par le juge du contrat à un juge comptable du contrat », *préc.*

[1403] La V.N.C. est le solde comptable entre la valeur H.T. de l'immobilisation et le cumul des amortissements à date. De la sorte, ce résultat ne prend absolument pas en compte les fluctuations du résultat net d'exploitation du concessionnaire, qui lui aient été profitables ou non.

[1404] En effet, si la durée ne l'encourage pas à amortir au plus juste les investissements, le cocontractant peut tout à fait partir sur une base d'amortissement ajusté sur la durée d'exploitation, même si dans les faits, il aura amorti les biens bien avant l'échance contractuelle, v. à ce sujet, VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*

concessionnaire. Or, le postulat de leur légalité est l'absence de contrepartie financière pour les biens de retour[1405].

666. L'exercice du juge doit est projeté sur l'équilibre économique de la concession. Le calcul de l'indemnité sur les biens à leur valeur nette comptable impose pour être véritable, la reconstruction des amortissements de caducité irrégulièrement acquis et leur destruction *a posteriori*. En l'absence de ces considérations, le juge se risque à octroyer un double gain sur l'immobilisation des biens pour le concessionnaire. Le premier, l'annulation du risque par l'octroi d'une indemnité à la valeur nette comptable réel[1406]. Le second, le maintien d'avantages acquis fondés sur les risques financiers liés à l'investissement disparus. La conséquence en serait un bénéfice déraisonnable et une plus-value implicite sur les immobilisations de la concession[1407].

2. L'indemnité « raisonnable », nécessité pour fonder la compensation sur l'équilibre financier disparu

667. Établir une indemnité, pour résiliation ou modification contractuelle, c'est s'appuyer sur l'équilibre financier antérieur pour définir une contrepartie financière dont la personne publique est redevable. C'est ce que la doctrine a défini comme le droit au rétablissement de l'équilibre financier ou, plus maladroitement, le droit au maintien de l'équilibre financier. S'il s'avère qu'en réalité, parler de rétablissement est insuffisant (l'équilibre financier disparaît par résiliation ou est rénové par modification), on s'aperçoit que l'équilibre financier antérieur se maintient fictivement par l'indemnisation. L'équilibre financier disparu est maintenu par le quantum d'indemnisation.

668. L'équilibre financier, qui est défini selon une structuration raisonnée et raisonnable[1408], ne saurait aboutir à une surindemnisation[1409], et donc indemniser ce que ne prévoyait pas

---

[1405] C.E., 14 janv. 2008, req. n°297541, *Société SOGEPARC*, *préc.*

[1406] Car, en ce sens, la V.N.C. retranscrite dans les comptes rendus techniques et financiers ne correspond pas nécessairement à celle présentée dans le prévisionnel à date identique. Or, indemniser sur la base de la V.N.C. réelle revient matériellement à payer strictement les biens et donc à éluder le risque sur l'investissement.

[1407] COLLET (M.), *Dr. fisc*,.n°17, 23 avr. 2009, *préc.*

[1408] L'équilibre financier permet d'amortir l'investissement et d'opérer le retour sur capital investi en se fondant sur une durée raisonnable. Cela revient à ajuster le droit d'exploiter vers une rémunération raisonnable, C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C324/98, *Telaustria et Telefonadress*, *préc.*

l'équilibre financier primaire. Ainsi, l'indemnisation du concessionnaire doit être complète dans le cadre d'une résiliation anticipée sans faute contractuelle. Elle inclut alors les frais financiers engagés par le concessionnaire pour les investissements, s'il est démontré que le concessionnaire les a contractés « *dans le cas d'une gestion normale à la bonne exécution du service public et que le coût du financement de ce déficit est équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant* »[1410]. En somme, ce sont toutes les dépenses utiles à la concession qui sont à indemniser.

669. Néanmoins, par le truchement du *lucrum cessans*, le calcul de l'indemnité peut aisément se transformer en une indemnisation pure et simple du concessionnaire sur la base du prévisionnel. Pourtant, la réalisation financière de l'exploitation n'est pas sans connaitre des différences avec les prévisionnels dont la pertinence est réduite au fil des années, et la cohérence remise en cause par l'exécution. Indemniser le concessionnaire de son manque à gagner sur la base des seuls chiffres tirés du prévisionnel, c'est se déconnecter de la réalité du contrat, de l'occurrence du risque d'exploitation, et *in fine* assimiler l'indemnisation du manque à gagner à une indemnisation de recettes certaines[1411].

670. Telle n'est pas la ligne que le droit européen paraît avoir adoptée avec la directive *concessions* et l'intronisation de l'équilibre financier par le risque. D'ailleurs, tel n'est pas l'angle d'approche du droit européen en matière de compensation de sujétions d'obligation de service public. Le bénéfice raisonnable, plafond de la rémunération du gestionnaire, dicte le

---

[1409] C.A.A. Versailles, 7 mars 2006, req. n° 04VE01381, *Commune de Draveil*, *Leb.* p. 591 ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 1044, concl. BRESSE (P.) ; *Contrats et marchés publ.*, 2006, comm. 136, note DELACOUR (E.) ; *Dr. adm.*, 2006, comm. 74, note ALONSO GARCIA (A.) et MAILLARD (A.).

[1410] Par exemple, C.E., 7 déc. 2012, req. n° 351752, *Commune de Castres*, *A.J.D.A.*, 2013, p. 608 ; *A.J.C.T.*, 2013, p. 248, obs. MARCHAND (J.).

[1411] La formule prétorienne est révélatrice. Le juge mandate des expertises pour chiffrer le montant « *des bénéfices dont a été privé* » le cocontractant. Par le nouveau droit des concessions, sait-on désormais que le manque à gagner est, aussi, un manque à perdre. Car, quel manque à gagner un concessionnaire pourrait-il invoquer dans le cadre d'une concession résilié structurellement déficitaire ?, C.E., 4 mai 2015, req. 383208, *Société Domaine Porte des Neiges*, *A.J.C.T.*, 2015, p. 468 ; *CSP-DSP*, n°21, Février 2016, p. 12, note DABRETEAU (J.).

calcul des COSP[1412]. Rien ne s'oppose à que cette logique de rationalisation soit dupliquée à chaque instant où l'équilibre financier du contrat est sollicité. Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 7 janvier 2011[1413], donne un exemple appliqué au contentieux de la résiliation pour motif d'intérêt général d'une concession de service public. Le syllogisme tenu est intéressant en ce qu'il unifie le droit des aides d'État, l'équilibre économique de la concession, et le contentieux indemnitaire. Dans cette affaire, la ville de Cannes avait résilié le contrat de concession de restauration scolaire qu'elle détenait avec la Société Eurest. Après avoir analysé en appel le fondement de l'indemnité sur les biens, le juge s'est arrêté sur l'indemnisation du manque à gagner soit « *les bénéfices raisonnables prévisionnels* » de l'exploitation. Pour y parvenir, l'expert mandaté sur ce point a pu appliquer un taux d'occurrence – rappel du risque d'exploitation – assorti à la réalisation des recettes prévisionnelles. De cette manière, le juge a accepté l'argument du risque et de l'incertitude qui plane sur la réalisation des recettes du prévisionnel. L'arrêt *Commune de Castres*[1414] va aussi dans ce sens. Il fait référence de manière implicite aux modalités de calcul du *bénéfice raisonnable*, avec un raisonnement fondé sur le marché. De la sorte, l'indemnisation doit être évaluée eu égard à une *gestion normale* de l'exploitation[1415].

671. En ce sens, si les notions économiques pénétrent de plus en plus l'appréciation de l'équilibre financier contractuel, on rejoint certains auteurs dont J.-B. VILA sur la prise en compte matérielle du bénéfice raisonnable. Car, si le juge a apprécié ce que les parties avaient entendu être le bénéfice raisonnable du contrat, le juge ne s'est pas prononcé sur ce que devrait être ce bénéfice raisonnable[1416]. Pourtant, définir le bénéfice raisonnable, c'est apprécier au mieux l'indemnisation et sa pertinence. La nature ou la valeur de cette indemnisation n'est pas sans interroger sur l'économie du contrat ou sur sa qualification, dans certaines hypothèses, en tant qu'aide d'État[1417]. Se limiter aux stipulations contractuelles, c'est risquer de valider ou d'octroyer plus que ce que l'équilibre économique ne devrait offrir.

[1412] C.J.C.E., 24 juill. 2003, *Altmark trans.*, *préc.*

[1413] *Préc.*

[1414] *Supra*, C.E., 7 déc. 2012.

[1415] Référentiel utilisé en matière de droit de la concurrence et pour la définition d'une C.O.S.P.

[1416] VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°37, 12 Septembre 2011, 2294, *préc.*

[1417] NICINSKI (S.), « L'indemnisation de la valeur non amortie des biens d'une concession constitue-t-elle une aide d'Etat ? », *A.J.D.A.*, 2015, p. 671.

672. L'une des raisons à cela est sans nul doute la force de la liberté contractuelle des personnes publiques et la marge d'appréciation qui la grève. Seul le contrat, expression de l'intérêt général, dans les limites qu'impose le droit, prévaut. La première étape à franchir revient alors aux personnes publiques. Il leur appartient d'approfondir ou d'inventer les modalités nécessaires pour limiter la rémunération du concessionnaire. L'indemnité, dont la finalité est de reconstituer le droit d'exploiter, ne devrait pas échapper à celles-ci.

Conclusion du Chapitre I

673. Par le contrat de concession, c'est un environnement juridique et financier dense qui s'applique aux parties. C'est d'abord un large consensualisme qui domine. Les références régulières à la loyauté des relations contractuelles[1418], à la prévalence du contrat lors de conflits d'exécution, ou encore à la détermination par le contrat des compensations financières à octroyer au cocontractant en donnent une illustration. Dans ce dernier cas, cela est même flagrant. L'autorité publique ne peut refuser une indemnisation à son cocontractant lorsqu'il est mis fin au contrat ou lorsqu'il subit l'imprévision ou la mutabilité du service. Mais, *a contrario,* rien ne s'oppose à ce que le cocontractant abandonne *ab initio* le bénéfice de la compensation.

674. La volonté des parties, omniprésente, n'est toutefois pas omnipotente. Elle est asymétrique et flêchée par le droit de la concurrence. La personne publique ne peut accorder des libéralités, des financements publics sans justifier de sujétions de service public, de conditions imprévisibles ou d'un motif d'intérêt général valable. Et cela – peut-être est-ce là une rénovation de l'exorbitance du droit des contrats administratifs ?[1419] –non pas tant parce que l'intérêt général doit être préservé, mais plutôt parce que le droit européen proscrit les distorsions de concurrence. Ce constat de l'interprétation de l'intérêt général par la préservation de la concurrence apparait clairement avec les contrats de concession. Le législateur, pour assurer la transparence et la non exclusion des opérateurs économiques, a choisi d'aménager des outils de prévention ou de sanction des déséquilibres économiques. La mutabilité[1420], pourtant inhérente aux contrats de concession de service public et loi du service

---

[1418] C.E., Ass., 28 déc. 2009, req. n°304802, *Commune de Béziers*, *préc.*

[1419] « *La finalité du droit des contrats publics n'est donc plus de protéger l'intérêt public, mais de garantir le bon fonctionnement du marché économique car ce dernier est conçu comme le meilleur moyen de satisfaire l'intérêt économique général. L'intérêt général est donc réalisé au travers de la protection du marché plus qu'au travers de celle des personnes publiques.* », ECKERT (G.), *Contrats et Marchés publ.*, n° 10, Octobre 2010, étude 9, *préc.*

[1420] L'imprévision, la force majeure ou le fait du prince, par leur fort caractère d'aléa, ne peuvent contrevenir au marché. Au contraire, s'ils s'appliquent à chaque opérateur, seul le concessionnaire de service public se voit contraint financièrement et techniquement par des sujétions que ne supportent pas les autres opérateurs. La compensation qu'ils obtiennent sur ce motif ne déséquilibre par le marché, mais le rééquilibre.

public, s'est peut-être estompée[1421] au profit du renforcement de la sécurité du marché économique européen. La personne publique, dont le rôle était celui d'une autorité publique-coconctracante, évolue progressivement vers le rôle de cocontractant-régulateur de marché, ce qui suppose de renforcer sa vigilance sur les disgressions économiques des contrats de concession et, plus largement, de tout partenariat public-privé.

[1421] LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats – Marchés publ.*, n°11, Novembre 2014, repère 10 ; HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et Marchés publ.*, n°6, Juin 2014, dossier 16. Du même auteur, v. *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2016, § 520, p. 396.

Chapitre II - L'appréhension du déséquilibre économique

675. Chaque type de contrat fait émerger un équilibre économique qui lui est propre. Dans le cadre des contrats *commutatifs*, l'équilibre est trouvé entre les parties en ce que la prestation de l'un trouve l'exacte contrepartie dans la prestation de l'autre. C'est un équilibre de l'équivalence stricte entre droits et obligations. De toute autre manière, les contrats aléatoires ont un équilibre plus complexe à trouver car la prestation de l'un ne trouve pas nécessairement sa contrepartie dans la valeur de la prestation de l'autre. La contrepartie dépend d'un évènement incertain ; il dépend d'un risque. La valeur des contreparties dépend de la dimension du risque accepté par les parties. En comparaison, l'équilibre économique trouvé dans le contrat aléatoire serait un déséquilibre irrémédiable dans le contrat commutatif.

676. Aussi, bien que chaque contrat fasse transparaitre un équilibre économique singulier, le souci du maintien dans le temps de cet équilibre est transversal à chaque régime juridique. Par exemple, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a réformé le code du commerce sur les pratiques contractuelles et introduit la notion de *déséquilibre significatif*. Selon l'article L.442-6 de ce code, le déséquilibre significatif naît de treize comportements listés exhaustivement desquels se trouvent l'indû, le désavantage significatif entre droits et obligations, l'abus dans la rupture des relations contractuelles, l'asymétrie d'information sur les conditions générales de vente, l'indexation de formules de révision de prix par des indicateurs sans rapports avec l'activité, ou encore le niveau des pénalités de retard infligées en cas de force majeure.

677. Par ailleurs, la réforme du droit des obligations a introduit à de multiples endroits la notion de déséquilibre significatif. L'ordonnance du 10 février 2016 dispose explicitement à l'égard des contrats d'adhésion que « *toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* » ; celui-ci ne s'appréciant « *ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* »[1422]. L'ordonnance est plus implicite sur le déséquilibre des contrats conclus à titre onéreux qui sont frappés de nullité « *lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »[1423]. Enfin, le déséquilibre

[1422] C. civ., Art. 1171.

[1423] C. civ., Art. 1169.

significatif est introduit par la nouvelle conception de l'imprévision. Lorsqu'une partie subit le contrat au-delà du risque qu'elle a consenti, elle est en droit de demander la révision du contrat, sa résolution, ou de s'en remettre au juge[1424]. En dehors de l'imprévision, la modification ou la révision demeurent de la libre volonté des parties, et dépendent du contenu du contrat initial.

678. Il faut remarquer à l'inverse de l'évolution du droit des contrats régis par le code civil, que les contrats administratifs, particulièrement ceux portant sur la gestion du service public, se sont développés principalement autour de la conception de l'équilibre et du déséquilibre pour, au fil du temps, devenir de plus en plus libéraux, voire *standardisés.* Ainsi, ils induisent un noyau dur de déséquilibres, expression de l'exorbitance, et pour lequel le cocontractant de l'administration n'a d'autre choix que de l'accepter et d'en accepter l'indemnisation limitée et contrôlée par le juge. Mais, ces mêmes contrats induisent aussi un noyau fort de consensualisme, d'*intuitu personae* et de loyauté, qui dicte une grande majorité de l'exécution du contrat.

679. Par la conciliation de ces noyaux durs d'exorbitance et de libéralisme, la gestion du déséquilibre est moins autoritaire. Au contraire, elle est de manière privilégiée remis entre les mains des parties qui doivent elles-mêmes organiser les outils préventifs et curatifs pour maintenir, corriger l'équilibre, ou prévenir le déséquilibre irréversible. L'équilibration du contrat y est volontariste (*Section 1*). Car, en l'absence d'une suffisante équilibration, seule la rupture contractuelle est envisageable (*Section 2*).

[1424] C. civ., Art. 1195.

Section 1 - La prévention du déséquilibre économique irréversible

680. Dans une logique de continuité du service et de réalisation financière du contrat, les parties sont amenées à se rencontrer périodiquement pour « faire le point » sur l'exploitation. Les contrats prévoient très fréquemment un dispositif de revisite, *clause de revoyure*, *clause de rendez-vous* ou autre *clause de rénégociation périodique*, qui donne une occasion à intervalle choisie, de discuter du service, de la gestion, mais aussi des attentes respectives jusqu'au terme de l'exploitation.

681. Ces clauses sont des moyens de préservation de la bonne entente contractuelle et sont garantes de l'équilibre financier primordial dans la limite qu'elles ne réduisent jamais le niveau de risque transféré *ab initio*. Toutefois, ces épisodes de revisite contractuelle sont aussi un moyen pour la personne publique d'altérer le cahier des charges en négociant ou en imposant de nouvelles charges au concessionnaire. Cela peut concerner la modification stratégique du service public avec l'élargissement de son champ d'action, l'introduction d'une nouvelle politique tarifaire pour certains usagers, ou l'intégration de nouveaux investissements imprévus mais nécessaires au bon fonctionnement du service public. La modification contractuelle fait preuve d'élasticité, allant ainsi d'une mise à niveau simple du service à une véritable mutation d'intérêt général qui en bouleverse l'économie générale[1425].

682. Néanmoins, le succès du consensualisme n'est pas constant pour assurer la mutabilité du service et du contrat[1426]. Certaines revendications peuvent être contestées et refusées par le cocontractant et/ou la personne publique[1427]. Si la première situation peut être emportée par une mesure unilatérale, la seconde peut engendrer un conflit *a posteriori* en contestation du refus de la personne publique d'adapter certaines situations au contrat. S'il ne peut jamais être

---

[1425] « *On doit entendre comme motif d'intérêt général toute modification qui, extérieure à l'aptitude de concessionnaire à exécuter le service public qui lui est confié.., est de nature à altérer très substantiellement les données initiales du contrat, par exemple, la confiance nécessaire entre le concédant et le concessionnaire* », DELARUE (J.-M.), concl. C.E., 31 juill. 1996, req. n°126594, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, *J.C.P.*, 1997, n°22790.

[1426] Il est à noter que la jurisprudence administrative a toujours fait place première au consensualisme et aux clauses du contrat. V. C.E., 10 janv. 1902, req. n°94624, *Compagnie nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*, *Leb.,* p. 5 ; *S.*, 1902.3.17, note HAURIOU (M.) ; C.E., 22 juin 1900, *Commune de Maromme*, *Leb.*, p. 415.

[1427] Par exemple, en matière d'autoroute, si ces nouveaux investissements ne révèlent pas leur stricte nécessite ou utilité, Code de la voirie routière, Art. L.122-4 ; v. aussi, ARAFER, avis n°2017-049 à 2017-055 relatifs à la modification des conventions de concession d'autoroute.

question d'exception d'inexécution[1428] dans la concession, l'insatisfaction du cocontractant peut se manifester par une baisse qualitative de sa gestion, ce qui va dans le sens contraire des exigences du service public[1429].

683. Quelle que soit la raison de l'adaptation du contrat, l'objectif de préservation de l'équilibre financier passe par une procédure de réévaluation du service, et de son économie. Ainsi, lorsque la modification du contrat[1430] se justifie, par l'intérêt général ou l'intérêt du contrat, la personne publique avec ou sans son cocontractant, doit réfléchir à adapter la relation contractuelle au regard du dispositif instauré par l'article 36 du décret du 1er février 2016. Cette obligation, qui fait suite à la compilation par la directive 2014/23/UE des jurisprudences tenues sur les *modifications substantielles*, offre des alternatives à la fixité du contrat. Une première alternative est libérale, et autorise les parties à modifier le contrat pour autant que le contrat l'ait anticipé *ex ante*, et d'autant que les concurrents évincés à la procédure d'attribution aient été en mesure d'y répondre. Une seconde alternative, plus restrictive, soumet les parties à une évaluation préalable de la modification. Elles doivent apprécier le *quantum* de la modification et envisager les potentielles alternatives dont la résiliation, lorsque ce *quantum* est dépassé. Car, pour être en phase avec le droit de la concurrence, l'équilibre économique ou ses déterminants ne doivent, sauf exception, jamais être sensiblement éloignés de leur état originel (§ 1).

684. Aussi, lorsque le risque de déséquilibre économique n'est pas né d'un besoin, mais résulte d'insuffisances et de manquements aux obligations de gestion par le concessionnaire, la personne publique peut agir sans pour autant modifier le contrat. Pour ce faire, elle peut user de son pouvoir de coercition, afin de préserver le contrat d'une défaillance irréversible et ainsi conserver l'exploitation du service. Toutefois, cette coercition tend à se comprimer au profit d'alternatives consensuelles aux fortes influences sur l'équilibre contractuel (§ 2).

Paragraphe 1 - Les facteurs d'équilibre économique à modifier

685. La modification des facteurs d'équilibre économique repose en priorité sur l'accord des parties. On retrouve ici, appliquée aux contrats administratifs, une doctrine d'inspiration

---

[1428] C.E., 27 mars 1957, *Sieur Carsalade*, *Leb.*, p. 216.

[1429] Voisset (M.), *R.F.D.A.*, 1999, p. 473, *préc.*, p. 44.

[1430] Pour une étude complète à ce sujet, v. HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, L.G.D.J., 2008, 600 p.

purement civiliste[1431] voire d'une doctrine du contrat transcendantal[1432]. Ainsi, privé ou administratif, le contrat tient toujours lieu de loi aux parties[1433].

686. Toutefois, le contrat bien que loi pour les parties, ne saurait éteindre les prérogatives de puissance publique qui, si elles s'appliquent au contrat, en sont détachées. Le pouvoir de modification unilatérale de la personne publique ne peut être volontairement abandonné par la personne publique en application du contrat[1434]. L'exorbitance d'un tel pouvoir se concilie néanmoins avec la force du contrat et son centre de gravité, l'équilibre économique. Ainsi, l'équilibre est en principe préservé pour le tiers cocontractant car les clauses financières du contrat sont insusceptibles d'être modifiées autrement que par la voie consensuelle[1435]. Le droit financier, patrimonial du concessionnaire ne peut être modifié[1436] sauf à obtenir une indemnisation[1437]. Cette limite traditionnelle du pouvoir de modification unilatérale de la personne publique vaut dans tous les contrats administratifs. Par exemple, en matière de marchés publics, les parties[1438] ne peuvent modifier unilatéralement le prix stipulé[1439].

687. Selon une formulation traditionnelle, « *les prix sont immuables et lient les parties* »[1440]. En matière de concession, le Conseil d'État a, il y a longtemps, considéré comme intangibles les clauses déterminant l'équilibre financier[1441]. Il faut alors se résoudre, pour adapter l'équilibre financier du contrat à recourir à la conciliation, soit par des outils automatiques,

---

[1431] C. civ., Art. 1103.

[1432] Le doyen Georges PÉQUIGNOT tenait un discours selon lequel, « *une seule force peut porter atteinte à un contrat conclu, c'est un nouvel acte de volonté des deux parties contractantes. Ce qu'un accord de volonté à fait, seul un nouvel accord des mêmes volontés peut le modifier ou le défaire. Il y a dans ces principes quelque chose qui dépasse la technique propre du droit privé* », PÉQUIGNOT (G.), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Université Montpellier 1, 1945, p. 363 ; *in* HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 387.

[1433] AYNES (L.), « Le contrat, loi des parties », *C.C.C.*, n°17, Dossier : Loi et Contrat, mars 2005.

[1434] C.E., 2 févr. 1983, *Union des transports publics et régionaux*, *Leb.*, p. 33 ; *R.F.D.A.*, n°0/1984, p. 45, note LLORENS (F.) ; *R.D.P.*, 1984, p. 212, note AUBY (J.-M.) ; DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, *préc.*, p. 769.

[1435] V. *Infra* ; T.A. Lille, 20 févr. 2013, req. n°1005465, n°1005466, n°1007802, *Société lyonnaise des eaux du Nord, Préfet du Nord, Dr. adm.* , n°5, Mai 2013, comm. 33, BRENET (F.).

[1436] C.E., 23 mai 1936, *Commune du Vésinet c. Société du gaz Franco-Belge*, *Leb.*, p. 591, *Rev. Concessions*, 1936, p. 201.

[1437] HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 390.

[1438] C.E., 30 avr. 1948, *Ville de Nantes*, *Leb.*, p. 189.

[1439] C.E., 7 août 1891, *Sieur Morelli*, *D.,* 1893, 3, 18.

[1440] C.E., 9 mars 1951, *Didonna*, *Leb.*, p. 148.

[1441] C.E., 26 juill. 1912, *Compagnie Orléans*, *Leb.*, p.889.

soit par des renégociations ponctuelles (A). Toutefois, quelle que soit la méthode choisie, le droit s'impose toujours au contrat notamment lorsque les modifications risquent de devenir substantielles et de porter atteinte aux tiers concurrents (B).

A. Le principe du consensualisme

688. Lorsque l'équilibre financier subit la contingence de l'activité du service public, il est possible de l'adapter. Pour ce faire, les parties prévoient très généralement que le tarif du service public sera revalorisé soit à intervalles définis, soit lors de l'apparition d'un évènement particulier. De la même manière, les parties peuvent avoir anticipé des évènements dont l'impact sur l'équilibre financier pourrait être significatif, sans pour autant en connaitre la nature. Il s'agit ici d'une flexibilité[1442] nécessaire à la bonne exécution du contrat (1). En cas de blocage, aucune issue n'est possible en dehors du consensualisme. La modification unilatérale pour motif d'intérêt général n'est pas admise. Toutefois on peut douter de cette intangibilité en matière de concession ; tout du moins si l'on apprécie l'équilibre financier comme un tout, lieu d'interactions entre élements interdépendants (2).

1. L'adaptation de l'équilibre financier par les outils contractuels

689. L'adaptation de l'équilibre financier en cours d'exécution est une nécessité corollaire de la longue durée du contrat. Bien que le contrat ait une vision prospective pour évaluer le besoin sur cette durée, il est toujours l'occurrence d'un aléa qui, pour la bonne continuation du contrat, impose des adaptations ponctuelles.

690. Commun à tous les contrats, l'avenant est le moyen par excellence pour gérer les évènements perturbant les conditions normales d'exploitation. Par lui, les parties peuvent faire évoluer le contrat, l'adapter au temps. Pour y parvenir, elles ont la possibilité de modifier les facteurs d'équilibre, soit directement soit indirectement. Tel est le cas lorsque les parties décident de diminuer ou d'augmenter les tarifs des redevances du service public. Mais tel est

---

[1442] « *Aussi, le contrat administratif est-il fondé sur une stratégie de flexibilité dans l'exécution des obligations qualifiable de « flexibilité au-delà du contrat ». La flexibilité dans l'exécution « prend appui sur le contrat pour combler ses lacunes ou établir des éléments additionnels relatifs à l'exécution des obligations » »*, VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, citations tirées de DEAKIN (S.) et WILKINSON (F.), « Coopération, droit des contrats et performances économiques » in *Le droit dans l'action économique*, p. 39.

aussi le cas lorsque la personne publique autorise son concessionnaire à poursuivre une activité accessoire, lui impose de nouveaux investissements et ce, y compris en l'absence de contrepartie financière. En tout état de cause, l'adjonction de nouvelles prestations modifie implicitement le droit d'exploiter, qui n'est plus la contrepartie de l'exploitation intialement prévue.

691. Certains avenants sont particuliers car ils modifient, outre l'équilibre économique, la relation entre le concédant et le concessionnaire. C'est le cas des contrats de sous-traitance. Pour les marchés publics, cette dernière hypothèse est d'ailleurs des plus conséquentes puisque, après agrément du sous-traitant, ce dernier est en mesure de demander le paiement direct de la prestation, même en l'absence de défaillance du soumissionnaire[1443]. En matière de concession, la possibilité de sous-concéder est aussi possible[1444], mais dans la limite où la personne publique s'est assurée en amont que, par le traité de sous-concession, le concessionnaire n'outrepasse pas l'équilibre économique[1445], et ne s'est pas désengagé de l'exploitation. Dans ces hypothèses, au-delà de la modification du titulaire effectif de la mission, c'est la modification du niveau du risque et la charge assumée par le concessionnaire cédant, qui doivent être appréciées[1446].

692. La modification du contrat n'est pas systématiquement la suite d'une renégociation bilatérale. La liberté contractuelle n'oppose pas à ce que les parties aient convenu d'en confier la charge à l'une d'entre elles. De la sorte, les clauses peuvent autoriser soit la personne publique soit le cocontractant à modifier seul, un point précis en cours d'exécution. Ce moyen, remède à l'inertie ou au refus de l'une des parties, peut être pertinent. En ce sens, le pouvoir de modification unilatérale du concessionnaire peut s'avérer être utile pour la continuité du service public lorsqu'il subit une difficulté technique, et qu'il est dans l'obligation d'intervenir rapidement pour poursuivre ses obligations. Cela étant, cette faculté se doit d'être limité à des opérations techniques (changement d'outillage, de modèle de bien, etc.) et les conséquences financières strictement limitées en prévision d'abus.

[1443] Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Art. 6.

[1444] D. n°2016-86, Art. 36, al. 4.

[1445] C.E., avis, 8 juin 2000, n°364803, *préc.*

[1446] V. *Supra.*, Première Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, B.

693. Par ailleurs, la modification unilatérale consentie peut être une méthode de médiation ultime des conflits contractuels[1447]. En autorisant, à défaut d'accord et dans une situation d'urgence, la modification unilatérale du contrat, l'exécution gagne en fluidité et en stabilité. Elle peut aussi éviter le recours aux sanctions coercitives[1448] de la personne publique qui, quoiqu'efficaces, placent la relation dans une situation conflictuelle difficilement corrigible.

694. De plus, il faut remarquer le renforcement du consensualisme pour la résolution des perturbations en cours d'exécution s'est renforcé. L'article 36 du décret du 1er février place les cocontractants dans une position privilégiée, mais les oblige à prévoir et anticiper l'évolution des besoins bien en amont de l'exécution. Ainsi, dispose-t-il que le « *contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants : 1° Lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage* ». En ce sens, lorsque les clauses du contrat ont été suffisamment prévisionnelles, elles peuvent adapter le contrat qu'il s'agisse d'éléments techniques ou d'éléments financiers. L'avantage est la rapidité et la fluidité du dispositif qui ne soumet pas ces adaptations à une procédure préalable de mise en concurrence, quels que soient son montant et ses impacts sur l'équilibre économique.

695. L'inconvénient est la transparence imposée par la définition de clauses *claires, précises et sans équivoques*. Autrement dit, les options doivent être strictement définies et strictement valorisées avec un procédé suffisamment sincère pour ne pas distordre la concurrence. On voit à travers ce dispositif dont l'intérêt est certain en pratique, des perversités et des contournements potentiels. D'abord, l'estimation et la valorisation des options a pour effet de contraindre l'adaptation au seul montant et aux seules prestations identifiées. La solution toute trouvée est alors d'exagérer le besoin et d'envisager un montant de prestations plus important pour s'assurer d'une marge de manoeuvre. De la même manière, c'est un autre facteur d'équilibre qu'une contrepartie financière qui peut être envisagé afin de lisser les effets financiers. La clause peut ici prévoir un allongement de la durée d'exploitation. Or, la

---

[1447] C.A.A. Nancy, 20 déc. 2007, req. n° 05NC00897, *Société Vivendi c. commune de Saint-Dizier*, *Contrats et marchés publ.*, n°4, Avril 2008, comm. 77.

[1448] *Infra.*, Section 2.

maitrise des effets économiques de la durée est faiblement acquise par les autorités concédantes ; le risque étant une perte de contrôle de l'économie de leur contrat[1449]. Puis, on peut aussi se poser la question des effets sur la relation contractuelle si la clause ne se réalise pas. Le concessionnaire qui amortit son investissement et opère son retour sur capital investi sur l'intégralité des prestations, peut avoir intérêt à ce que les prévisions inscrites dans les clauses d'adaptation prévisionnelles se réalisent. En effet, la marge nette bénéficiaire qu'il calcule est en lien direct avec le volume des prestations et des investissements. On peut alors supposer que leur réalisation est un moyen d'augmenter la rentabilité intrinsèque de l'exploitation.

696. Si le consensualisme est de mise, la modification unilatérale par la personne publique des clauses financières n'est pas une option à écarter. Classiquement réputée interdite, cette modification unilatérale apparaît toutefois possible dès lors que l'on reconnaît que l'équilibre est composé de facteurs hétérogènes non limités aux redevances et à la tarification.

2. La portée de l'interdiction du pouvoir de modification unilatérale de l'équilibre financier

697. Plusieurs auteurs, dont le professeur L. RICHER[1450], ont manifesté leur doute quant au caractère général de l'exclusion du champ de la modification unilatérale pour motif d'intérêt général des clauses financières[1451]. Selon eux, la particularité du modèle concessif – dans son sens générique – doit amener à reconsidérer cette exclusion, notamment parce que l'équilibre financier ne dépend pas de manière irréductible de l'établissement d'un prix, mais d'un ensemble de conditions, variables par nature[1452]. Sans y revenir, une liste succincte peut en être dressée : le risque d'exploitation, la durée contractuelle, l'objet et l'étendue du service, les sujétions particulières, l'exclusivité d'exploitation, etc. La rémunération du concessionnaire, est permise par la combinaison de toutes les composantes de l'équilibre financier. C'est ainsi

---

[1449] *Supra*.

[1450] RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 112 ; HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 390.

[1451] Selon une doctrine bien établie, la modification unilatérale pour motif d'intérêt général ne peut porter sur la partie contractuelle qui « *comprend d'une manière générale la clause capitale, expresse ou tacite, de l'équilibre financier ou équation financière du contrat* » , DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, 14ème éd., 1996, p. 828.

[1452] L'ex-article L.1411-2 C.G.C.T. allait dans ce sens. La modification unilatérale pour motifs d'intérêt général (légale) se règlait, financièrement, par la prolongation de la durée du contrat.

que le droit d'exploiter n'est pas seulement la rémunération numéraire, mais l'accumulation de tous les avantages accordés y compris ceux non mesurables[1453].

698. La décision *Union des transports publics urbains et régionaux* va dans le sens d'un équilibre économique, conjugaison d'éléments interdépendants. Dans cette affaire, le juge considère que « *l'autorité organisatrice peut, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, que l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, et enfin que les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi* »[1454]. Ainsi, si la modification ne touche pas directement aux conditions financières, les effets de la modification impose leur révision sans laquelle, l'économie du contrat serait altérée.

699. Plusieurs jurisprudences récentes semblent aller dans ce sens et amplifient le doute sur le principe d'inapplicabilité du pouvoir de modification unilatérale sur les clauses financières. La modification unilatérale, sans être libre et discrétionnaire, peut être admise. D'abord, une décision de la Cour administrative d'appel de Douai, fait le lien logique entre une décision de prolongation contractuelle, unilatérale, et ses effets en cascade[1455] sur l'équilibre financier. En l'espèce, la concession de service public de transport urbain, dont l'exploitation était déficitaire, avait été prolongée unilatéralement par le syndicat mixte de la communauté urbaine de Lille. Cette dernière a vu sa décision contestée devant le Tribunal administratif de Lille par le concessionnaire, qui en a obtenu réparation. Si, la Cour administrative confirme le jugement, elle précise que « *l'administration peut apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation ; que si l'usage de cette prérogative peut entraîner une révision des clauses financières du contrat, cet usage ne peut*

[1453] V. *Supra.*, Chapitre 1, Section 1.

[1454] C.E., 2 févr. 1983, *préc.*

[1455] « *la décision unilatérale prise par l'autorité concédante a entraîné des dépenses inutiles pour le concessionnaire qui a fait exécuter sur les parties du domaine public reprises par l'État des aménagements onéreux et, qu'elle est susceptible, en réduisant l'importance du port de plaisance, de modifier au détriment de la ville les conditions d'exploitation et de diminuer les recettes de cette exploitation ; que, dès lors, le préjudice éprouvé par la ville de Saint-Malo et imputable à cette décision doit, même en l'absence de toute stipulation expresse du cahier des charges applicable au cas de l'espèce, être réparé par l'État* », C.E., sect., 27 octobre 1978, req. n°05722, *Ville de Saint-Malo*, *Leb.*, p. 401.

autoriser l'administration à imposer à son co-contractant des conditions financières auxquelles il n'aurait pas consenti »[1456].

700. Par la suite, un jugement du tribunal administratif de Lille[1457], a annulé les modifications unilatérales d'une autorité concédante portant sur la réévaluation des tarifs pratiqués sur les usagers, tout en reconnaissant la faculté de la personne publique de pouvoir recourir à la modification unilatérale. Même chose, dans une décision du Conseil d'État du 16 décembre 2013 où le juge se fonde sur l'article 40 de la loi *Sapin*, et précise que « (…) *ces dispositions ne privent pas l'État, en sa qualité de propriétaire du domaine, du pouvoir de définir et modifier par voie réglementaire les montants de redevance dus en application des dispositions citées ci-dessus du Code général de la propriété des personnes publiques ; que si les sociétés requérantes soutiennent que l'intervention du décret attaqué modifie l'équilibre de la concession de service public dont elles sont titulaires, cette circonstance, à la supposer établie, ne serait de nature qu'à leur permettre de saisir le juge du contrat et serait en tout état de cause sans influence sur la légalité du décret attaqué* »[1458].

701. Enfin, un arrêt de la Cour admnistrative d'appel de Nancy a validé l'abrogation unilatérale par la personne publique d'un droit d'usage au détriment du concessionnaire. Cette abrogation a eu pour effet de réduire de 10 % ses recettes. Toutefois, cette modification directe de l'équilibre économique, défavorable au concessionnaire, était justifiée par la nécessité de rationaliser la rentabilité du contrat[1459]. La décision est sur ce point marquante.

[1456] C.A.A. Douai, 16 nov. 2006, req. n°05DA00233, *Syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communaute urbaine de lille*, *inédit.*

[1457] T.A. Lille, 20 févr. 2013, req. n°1005463 et s., *Société Lyonnaise des eaux France, Société des eaux du Nord, Préfet du Nord*, *A.J.D.A.*, 2013, p. 1115, concl. FRACKOWIAK (C.) ; *D.A.*, Mai 2013, n°5, comm. BRENET (F.).

[1458] C.E., 16 déc. 2013, req. n°369304, *Société des autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA), Contrats et Marchés publ*. n°2, Février 2014, comm. 63, ECKERT (G.).

[1459] « *si ces délibérations constituent ainsi des mesures de modification unilatérale du contrat conclu entre la société Véolia Eau et la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard, lesquelles visent en l'espèce à purger le contrat de ses dispositions illégales relatives au droit d'usage versé par la société requérante et de ses conséquences tarifaires pour les usagers, de telles délibérations ne sauraient être regardées,* (…) *comme une mesure équivalant à la résiliation du contrat conclu entre les parties ; que ni la baisse alléguée de 10 % des recettes de la société Véolia qui en découlerait, ni les déclarations du président de la communauté d'agglomération du Pays de Montbéliard relatives à une possible fin anticipée des relations contractuelles compte tenu de l'irrégularité de la durée du contrat initialement conclu pour trente ans ne sont de nature à leur donner le caractère d'une décision de résiliation* », C.A.A. Nancy, 13 févr. 2014, req. n°13NC00578, *Société Véolia Eau*, *Contrats et Marchés publ.*, 2014, comm. 118, note PIETRI (J.-P.).

Elle confirme que le pouvoir de modification unilatérale peut être un régulateur de la rémunération du concessionnaire.

702. La modification unilatérale des clauses financières n'est ainsi pas fondamentalement exclue pour les concessions. Les personnes publiques doivent même s'en saisir comme outil de rééquilibrage économique lorsque le contrôle contractuel aboutit à constater des surprofits indus[1460]. Il faut néanmoins qu'elles s'assurent de ne pas outrepasser les nécessités du service[1461], et de ne pas modifier substantiellement les conditions de la concession[1462]. Sur ce point, les textes relatifs aux contrats de partenariats donnent un éclairage particulier. Par l'article L.1414-12 C.G.C.T., le législateur donne l'opportunité aux personnes publiques de modifier unilatéralement, faute d'accord, *« certains aspects du contrat* [ou de résilier]*, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ». Or, dans cette dernière hypothèse, ce sont les clauses financières du contrat qui sont expressément concernées.

B. La modification non substantielle

703. Le *quantum* de l'avenant ou des avenants portés au contrat est plafonné. Les parties ne peuvent, au fur et à mesure de l'exploitation, altérer le contrat de sorte qu'à la fin, celui-ci n'a fondamentalement ni le même objet, ni la même contrepartie. En droit interne, la flexibilité limitée du contrat s'est manifestée principalement par la constante de la modification qui ne *bouleverse pas l'économie générale* du contrat[1463]. En droit européen, les avenants sont appréciés selon celle de la *modification substantielle* qui, si elle l'était, remettrait en cause la concurrence entre opérateurs. Il y a ici une différence d'approche évidente. L'une se concentre sur l'équilibre financier quant au droit financier perturbé du cocontractant ; l'autre se concentre sur l'équilibre financier quant au déséquilibre concurrentiel que la modification

---

[1460] RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 112 et 113.

[1461] Ce qui serait constitutif d'une faute de la personne publique, C.E., sect., 27 octobre 1978, *préc.*

[1462] Tel a été le cas dans une affaire où le concédant avait modifié substantiellement des pénalités de retard et « *eu égard à ses effets sur l'équilibre économique du contrat, la modification du régime des pénalités de retard touchait aux éléments substantiels de l'offre de la société* », C.E., 1er juill. 2015, req. n°384209, *Office public de l'habitat de Loire-Atlantique*, *B.J.C.P.*, n°103, Novembre-Décembre 2015, p. 463, concl. DACOSTA (B.).

[1463] V. HOEPFFNER (H.), « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public. - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, étude 19.

créée (1). C'est aujourd'hui cette dernière appréciation qui régit l'exécution du contrat de concession. L'appréciation du *bouleversement de l'économie* est, quant à elle, reléguée aux seuls contrats administratifs, type particulier de *concessions* dans le marché européen (2).

1. Les limites du bouleversement de l'économie du contrat et de la modification substantielle

704. Notre droit interne et *notre* droit européen poursuivent des objectifs de régulation tout à fait différents quoique complémentaires. En droit français, l'exécution du contrat administratif et ses adaptations dans le temps relève du régime de la mutabilité. La mutabilité autorise les parties à procéder consensuellement ou pour la personne publique, unilatéralement, à la modification des clauses du contrat. L'équilibre financier, au centre de la modification, doit être corrigé de manière à se maintenir dans un état d'équilibre, et permettre au cocontractant de conserver un niveau de rémunération au moins équivalent. Telle est la fonction du *bouleversement de l'économie du contrat* qui pose une limite à la modification. Cela a deux significations. La première, c'est la volonté de maintenir l'équilibre économique. Tout bouleversement de l'économie du contrat entraîne l'indemnisation entière du cocontractant. Son droit d'exploiter doit être de même volume à tout moment de l'exécution[1464]. La seconde est que les parties ne peuvent transformer l'objet du contrat et aboutir à une novation contractuelle. Le cocontractant dispose, à cet effet, d'un droit de refus opposable à l'administration lorsque la modification qui lui est imposée constitue une nouvelle prestation[1465].

705. Au sens des avis du 8 juin 2000 et du 19 avril 2005 du Conseil d'État[1466], s'ajoute à l'appréciation économique *stricto sensu* du bouleversement, une appréciation sur la nature de la modification. Les parties ne peuvent modifier substantiellement un « *des élèments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers* »[1467]. En d'autres termes, l'équilibre économique ne

---

[1464] Dans l'avis du 19 avril 2005, le Conseil d'État développait ainsi en ce que l'« *on peut admettre que l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* », C.E., Avis, 19 avril 2005, n°371234, *B.J.C.P.*, 2006, n°45, p. 107 ; LOGEAT (C.).

[1465] C.E., 8 févr. 1889, *Sieur Corre*, *Leb.*, p. 181, concl. VALABRÈGUE.

[1466] C.E., Avis, 19 avril 2005, *préc.*

[1467] C.E., Avis, 8 juin 2000, n°364803, *A.J.D.A.*, 2000, p.758, obs. RICHER (L.).

peut substantiellement modifier, directement ou indirectement, un des éléments de définition de l'équilibre financier[1468] du contrat de concession[1469].

706. Cette vision égocentrée sur le contrat et son équilibre financier s'est élargie avec l'intervention du juge européen dans l'exécution des contrats publics. En ce sens, la modification n'est plus prioritairement étudiée pour ses effets *interpartes*, mais pour ses effets sur le marché économique et sur les opérateurs concurrents. Si la Cour de justice reconnait la nécessité d'adapter les contrats de longue durée pour leur bonne exécution[1470], elle contraint l'évolution à la conservation de l'équilibre économique du marché. Dans les conclusions de l'avocat général KOKOTT, une modification est jugée substantielle s'il « *ne peut être exclu que d'autres prestataires de services ont été empêchés de présenter une soumission au marché public du fait des conditions initiales moins intéressantes ou que, eu égard aux nouvelles conditions contractuelles, ils seraient désormais intéressés à soumissionner ou encore que la soumission d'un candidat en son temps écarté pourrait être couronnée de succès, eu égard aux nouvelles conditions contractuelles* »[1471].

707. On comprend alors que le caractère substantiel de la modification est établi non sur la base seule contractuelle, mais en proportion de l'intérêt de la concurrence pour la modification. Par exemple, sont des modifications substantielles : l'introduction de conditions qui auraient pu entrainer la candidature d'un concurrent lors de la procédure initiale[1472], l'extension importante des missions confiées à l'origine[1473], ou la révision de l'équilibre

---

[1468] L'ex-article L.1411-2 C.G.C.T. disposait d'un type hybride de modifications ouvrant droit à prolongation. Il s'agissait des modifications qui, sans bouleverser l'économie du contrat, n'auraient pu être amorties sur la durée résiduelle ou n'auraient pu être absorbées par les tarifs sans que ceux-ci augmentent de manière excessives. Charge au juge d'estimer le volume de la modification selon si celle-ci réduit significativement, ou non, le bénéfice global escompté du cocontractant, C.E., Avis, 19 Avril 2005, *préc.*

[1469] C.A.A. Paris, 17 avril 2007, req. n°06PA02278, *Sté Keolis*, *Contrats et Marchés publ.*, n°6, Juin 2007, comm. 194.

[1470] « (…) *en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée ou les contrats de longue durée, il peut devenir, au cours de leur exécution, nécessaire d'adapter le contenu du contrat lorsque les stipulations contractuelles s'avèrent ne plus être appropriées – par exemple du fait d'un changement non prévu des circonstances extérieures. Une adaptation du contenu du contrat aux circonstances modifiées peut contribuer à une meilleure mise en œuvre de l'objectif du contrat.* », C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur, Dr. adm.* , 2008, p. 132, comm. NOGUELLOU (R.) *; Contrats et Marchés publ.,* 2008, p. 186, comm. ZIMMER (W.) *; R.F.D.A.*, 2011, p. 98*,* HOEPFFNER (H.).

[1471] Concl. KOKOTT (J.) sous aff. C-324/98.

[1472] C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, point 35.

[1473] *Ibid*., point 36.

économique en faveur du cocontractant selon des termes non prévus par le marché initial[1474]. De même, est une modification substantielle le changement de prestataire pour l'exécution de tout ou partie du contrat si ce dernier n'est pas sélectionné dans le cadre d'une procédure comparative et objective[1475]. La sanction consécutive à une modification substantielle est la résiliation de fait du contrat. L'autorité adjudicatrice est obligée d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence pour confier la « nouvelle » exploitation[1476].

708. *A contrario*, la modification de l'équilibre économique n'est pas substantielle si elle introduit des services complémentaires devenus nécessaires du fait d'une circonstance imprévue[1477]. Par exception, les recours à la sous-traitance ou aux filiales du cocontractant du pouvoir adjudicateur ne sont pas des modifications substantielles mais une problématique organisationnelle du cocontractant, sauf à ce qu'elle influe sur l'*intuitu personae* de la concession[1478].

709. L'approche concurrentielle de la modification est celle qui est prônée par le droit des concessions tel que transposé. Le régime de l'avenant et de la mutabilité doit intégrer en priorité la dimension concurrentielle avant d'organiser le rééquilibrage intrinsèque du contrat.

2. L'équilibre économique du marché prime l'équilibre économique conventionnel

710. Les nouvelles règles relatives aux concessions harmonisent et spécialisent les contrats administratifs. Parce que les règles supranationales priment les normes des États membres[1479],

---

[1474] *Ibid*., point 37.

[1475] *Ibid*. points 53 et s.

[1476] « (…) *seules les modifications substantielles du contrat qui sont concrètement de nature à fausser la concurrence sur le marché en cause et à favoriser le cocontractant du pouvoir adjudicateur par rapport à d'autres prestataires de services potentiels justifient de mettre en œuvre une nouvelle procédure de passation de marché* », *Ibid*., point 37.

[1477] « *Lorsque ces services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs, ou lorsque ces services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement. Toutefois, la valeur cumulée estimée des marchés passés pour les services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal* », Directive 92/50/CEE, art. 11, paragraphe 3, f).

[1478] C.J.U.E., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG*, point 39.

[1479] Pour rappel du quatuor jurisprudentiel fondateur : C.J.C.E, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, *Rec. C.J.C.E.*, 1963, p.1 ; *G.A.J.U.E.*, n°1 ; C.J.C.E., 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, *Rec. C.J.C.E.*, 1964, p. 01141 ; *G.A.J.U.E.*, n°3 ; C.J.C.E., 4 déc. 1974,

il faut considérer qu'une modification doit d'abord être appréciée pour ses effets sur le marché plutôt que ses effets positifs ou négatifs sur le contrat[1480]. Pour apprécier ces effets sur le marché, les textes ont déterminé les critères d'analyse du caractère substantielle, tant sur l'objet[1481] que sur la valeur[1482]. Ils énumèrent, par ailleurs, une liste de modifications considérées comme non substantielles.

711. D'abord, n'est pas une modification substantielle la modification prévue *ab intio*, précise, et sans équivoque. C'est le régime d'autorisation générale des modifications prospectives et des anticipations valorisées[1483]. Ensuite, la modification n'est pas substantielle lorsqu'il s'agit de « *travaux ou services supplémentaires réalisés par le concessionnaire initial qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans la concession initiale* ». Il faut toutefois démontrer que pour « *des raisons économiques ou techniques* », tout changement d'opérateur serait « *un inconvénient majeur* » qui entrainerait « *une multiplication substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur* »[1484]. Il en va de même pour la modification qui fait suite à une réelle imprévision, autrement dit « *des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* »[1485]. Enfin, la dernière exception concerne les hypothèses de cession de contrat et les situations de sous-concession. Ces dernières sont admises dès lors qu'elles ont été, soit prévues au titre d'une clause claire,

---

aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. 1337 ; *G.A.J.U.E.*, n°14 ; C.J.C.E., 9 mars 1978, aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. S.A. Simmenthal*, *Rec. C.J.C.E.*, p. 679 ; *G.A.J.U.E.*, n°19.

[1480] D. n°2016-86, art. 36, 5°.

[1481] « *Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :*
a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale d'attribution de concession, auraient permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement retenue ou auraient attiré davantage de participants à la procédure d'attribution de concession;
b) elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale;
c) elle étend considérablement le champ d'application de la concession », *Ibid.*

[1482] « *Lorsque le montant de la modification est inférieur au seuil visé à l'article 9 et à 10 % du montant du contrat de concession initial, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions énoncées au 5° sont remplies* », *Ibid.*, Art. 36, 6°.

[1483] *Ibid.*,, 1°.

[1484] *Ibid.*,, 2°.

[1485] *Ibid.*., 3°.

précise et non équivoque en début de contrat, soit imposées dans le cadre d'une restructuration du concessionnaire[1486].

712. Ces précisions sur l'exécution de la concession ont un réel impact sur le régime des avenants pratiqués en droit interne. Autrefois, évaluée par appréciation du juge du contrat, la modification pour motif d'intérêt général relève aujourd'hui de l'article 37 du décret du 1er février 2016. Ainsi, « *lorsque le contrat de concession est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant des modifications* (…) *ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées dans le respect des dispositions du présent article, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications consécutives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence* ». Plusieurs interrogations apparaissent. D'abord, il faut remarquer que l'écriture de l'article 36 du décret est inclusive. C'est-à-dire que, par modification en cours d'exécution, il faut entendre toutes les modifications, qu'il s'agisse des prestations ou de la rémunération du concessionnaire[1487]. Surtout, les dispositions s'appliquent autant aux modifications consensuelles qu'aux modifications unilatérales. La modification pour motif d'intérêt général intègre ici le régime « commun » de l'exécution contractuelle[1488].

713. Plusieurs questions en découlent. Doit-on comprendre que, désormais, le *bouleversement de l'économie générale* du contrat est quantifié, et que ce *quantum* est équivalent à 50 % de la valeur initiale – actualisée ou non[1489] – de la concession ? Il y aurait ici une emprise sur les particularités de la concession, contrat administratif[1490]. La première, c'est

---

[1486] Sont entendus les « *opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, d'un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitatifs établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du contrat et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive* », Directive 2014/23/UE, art. 43, 1. d) ii).

[1487] Ainsi, si l'article L.1411-2 C.G.C.T a été abrogé, la possibilité de prolonger le contrat par avenant n'est pas exclue. Elle est seulement encadrée par les dispositions générales des articles 36 et 37 du décret du 1er février 2016.

[1488] V. *Supra*., sur la spécialisation progressive des contrats administratifs, Chapitre I, Section 2, Paragraphe 2.

[1489] Il est étrange de voir mentionné une telle actualisation spécifiquement aux modifications de l'artricle 36, 6°, D. n°86-2016, Art. 37, II.

[1490] « *Dans l'hypothèse où la stabilisation des circonstances économiques s'effectue à un niveau tel que les clauses contractuelles s'avèrent définitivement inadaptées, les tribunaux considèrent qu'il appartient aux contractants de procéder à l'amiable à leur révision.* (…). *La modification des clauses contractuelles et la résiliation d'un contrat pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement qu'aux concessions.* », Circ, du Premier ministre et du ministre de l'économie et

que la mutabilité du contrat ne saurait dépassée, *in fine,* le quantum légal. Or, les conditions d'exploitation évoluant au gré du temps, cette limite pourrait scléroser les contrats à très longue durée et soumis à une politique publique évolutive. La seconde est sur la portée de l'article et sur l'intégration des modifications liées à une imprévision[1491]. La conséquence en serait que l'indemnité d'imprévision ne pourrait être versée que dans la limite de 50% de la valeur du contrat[1492]. Tout dépassement caractériserait *de facto* la force majeure. Le versement de l'indemnité d'imprévision au-delà de cette limite caractériserait très probablement une aide d'État prohibée.

714. Ces questions sont partagées par une partie de la doctrine[1493] qui voit dans l'intronisation de règles spécifiques aux *concessions*, une réduction de la particularité des contrats administratifs. Certes, le droit européen y est insensible[1494], chaque État membre ayant une définition de la concession qui lui est propre[1495]. Pourtant, on doute de l'efficacité pratique de ce régime au final complexe et orienté uniquement vers la finalité procédurielle de la mise en

---

des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (Journal officiel du 30 novembre 1974 et brochure des Journaux officiels n° 2007)

1491 « *Une telle formule devrait permettre de couvrir, en les plafonnant, les hypothèses de survenance de sujétions techniques imprévues ou encore d'imprévision, dont on peut douter, dans le nouveau contexte du droit européen de la commande publique, qu'elle puisse conserver son caractère extracontractuel* », ECKERT (G.), « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°122, Août 2014, étude 6.

1492 En ce sens, NOGUELLOU (R.), « L'exécution des contrats de concession », *A.J.D.A.*, 2016, p. 1008 ; HOEPFFNER (H.), « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *préc.* ; « La nouvelle directive Concessions.- Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe*, n°6, Juin 2014, étude 5 ;

1493 « *Plus généralement, la nouvelle directive marque un renforcement des contraintes concurrentielles et de la nature contractuelle des concessions. En cela elle s'éloigne du modèle traditionnel français* », *R.J.E.P.*, n°722, Aout 2014, étude 6, comm. ECKERT (G.).

1494 V. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ*., n°11, Novembre 2014, repère 10.

1495 V. pour une étude transversale, COSSALTER (P.), *La délégation des activités d'intérêt général dans l'Union européenne*, *préc.*, p.

concurrence. Il est fort à parier que sa mise en œuvre et que son efficacité donneront lieu à de prochains débats[1496].

715. En définitive, une seule prérogative exorbitante résiste encore à la règlementation économique européenne et à l'obligation de mise en concurrence. Il s'agit du pouvoir de sanction sur le cocontractant pour mauvaise exécution. Le recours à la coercition, manifestation de la puissance publique, est précisément flêché. Il vise à contraindre tout opérateur défaillant en limitant ou en excluant tout ou partie du bénéfice qu'il escompte de l'équilibre financier.

Paragraphe 2 - Le déséquilibre économique à sanctionner

716. Prérogative exorbitante par excellence, le pouvoir de sanction est l'ultime recours pour résoudre les désordres contractuels. Consacré par la jurisprudence du Conseil d'État, le pouvoir de sanction est un pouvoir naturel de la personne publique[1497]. Il se définit comme tout moyen de coercition utile pour répondre aux manquements du cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Le pouvoir de sanction est pédagogique. Il cadre l'action du cocontractant et délimite ses droits dans la concession. Son objet est d'assurer une bonne exploitation, continue et performante. Fréquemment, on peut distinguer deux types de sanctions. En premier lieu, la sanction peut être une contrainte, par l'infliction de pénalités financières. En règle générale, tous les contrats insèrent de telles sanctions qui, si elles sont déclenchées, prennent la forme de dommages et intérêts et/ou, de pénalités de retard ou de défaut d'exécution conforme. La personne publique, elle-même, peut en être redevable sur le

---

[1496] « *S'il est juridiquement possible de remettre en concurrence les prestations complémentaires, une telle mise en concurrence paraît en pratique difficilement concevable : il est douteux qu'une entreprise tierce puisse proposer une meilleure offre que le titulaire en place du contrat. Il paraît même peu probable que d'autres entreprises se portent candidates à une telle compétition car, à l'occasion de la mise en concurrence de l'avenant, il existerait ipso facto un déséquilibre certain entre le candidat en charge du contrat initial et le candidat au nouveau contrat, le premier détenant seul des informations exhaustives sur les conditions d'exécution du contrat et bénéficiant d'un avantage financier certain en raison des prestations déjà réalisées. De surcroît, dans l'hypothèse où une entreprise tierce obtiendrait néanmoins la convention complémentaire, il faudrait ensuite imaginer les conséquences d'une co-réalisation des prestations par deux entreprises en concurrence* » HOEPFFNER (H.), *Contrats et Marchés publ.*, n°6, Juin 2014, dossier 16.

[1497] C.E., 31 mai 1907, *Sieur Deplanque*, *Leb.*, p. 513, concl. ROMIEU (J.) ; *D.*, 1907.3.81, concl. ROMIEU (J.) ; *S.*, 1907.3.113, note HAURIOU (M.) ; *R.D.P.*, 1907, p. 678, note JÈZE (G.) ; p. 684, concl. ROMIEU (J.).

fondement de la faute contractuelle[1498]. En second lieu, la personne publique détient le pouvoir d'exclure le concessionnaire du contrat. Lorsqu'elle estime que l'exploitation court un risque pour sa continuité, elle peut se saisir de l'exploitation au détriment du concessionnaire. Réservées aux hypothèses de fautes les plus graves, les mesures de substitution par la régie ou par un tiers, voire de résiliation sanction, expriment avec éloquence la tutelle rémanente de la personne publique sur l'exploitation. L'objet de ce pouvoir est de réprimer les manquements du cocontractant qui mettent en péril la continuité du service public[1499] (A).

717. Aussi, bien que prérogative de puissance publique, la sanction peut être négociée ou tempérée[1500]. Les parties en font de plus en plus un objet de l'équilibre économique soumis au consensualisme au nom de l'attractivité financière des contrats administratifs. Cela se vérifie avec le développement des clauses limitatives de responsabilité des concessionnaires dont les incidences sur le risque posent question. Il en va de même pour les modes alternatifs de gestion des conflits nés de l'exploitation dont la présence au contrat est activement recherchée par les partenaires privés (B).

A. La sanction imposée

718. Pour favoriser la bonne exécution du contrat, l'autorité publique peut introduire par la force diverses clauses qui sanctionnent les manquements du cocontractant. Ces sanctions forment le bloc de responsabilité contractuelle et ont des effets significatifs sur l'équilibre financier[1501]. Elles peuvent avoir diverses finalités : réparatoire[1502], de retard, ou de performance (1). Toutefois, l'application des sanctions financières peut ne pas suffire et le

---

[1498] Dans la limite que la personne publique n'ait pas renoncé au pouvoir d'engager la responsabilité de son cocontractant, C.E., 28 sept. 2011, req. n°337692, *Communauté de communes du Canton de Sègre*, *inédit* ; *C*.E., 28 janv. 1998, req. n°138650, *Société Borg Wagner*, *C.J.E.G.* 1998, p. 269, chron. MODERNE (F.)

[1499] BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, *préc.*, p. 228 et s.

[1500] Par exemple, C.E., 19 oct. 2001, req. n°21667, *Syndicat intercommunal de Guzet-Neige*, *B.J.C.P.*, 2002, p. 115, concl. PIVETEAU (D.) ; *Dr. adm.*, déc. 2001, comm. 255 *; C.J.E.G.*, 2002, p. 444, note GAUDEMET (M.). En l'espèce, ne contrevient à aucune règle d'ordre public la clause selon laquelle la déchéance du concessionnaire est conditionnée au respect par le concédant d'obligations préalables.

[1501] C.E., 1er juill. 2015, req. n°384209, *Office public de l'habitat de Loire-Atlantique*, *préc.*

[1502] Lorsque les sanctions ne sont pas prévues contractuellement, les parties peuvent utiliser la voie juridictionnelle pour déterminer le préjudice subi et le montant des dommages et intérêts, C.E., 11 oct. 1929, *Compagnie de navigation Sud Atlantique, Leb.*, p. 892 ; *C*.E., 12 déc. 1930, *Compagnie des tramways Loir-et-Cher*, *Leb.*, p. 1056 ; C.E., 5 nov. 1982, *Société Propetrol*, *préc*.

déséquilibre se maintenir dans le temps. La personne publique dispose alors d'un ensemble coercitif à géométrie variable. En fonction des défaillances du cocontractant et de son impact sur la continuité du service public, elle peut soit retirer temporairement l'exploitation au concessionnaire, soit l'en exclure définitivement (2).

1. Le dispositif « pénal » appliqué à l'équilibre économique

719. La plasticité du terme « sanction »[1503] au contrat qualifie de nombreuses situations ou comportements. Le régime de la faute contractuelle est ici banalisé et répond à la commune volonté des parties. On entend par pénalité toute sanction contractuelle, dont l'objet peut être de sanctionner le retard ou les manquements à l'exécution des obligations[1504]. Elle est une garantie de la bonne exécution de l'exploitation et le dispositif « pénal » [1505] contractuel est intimement dépendant des prestations confiées et des parties signataires. De cette manière, bien qu'il y ait un dispositif pénal « de principe » appuyé par des cahiers de clauses techniques génériques, chaque contrat a une perception authentique sur la nature et le quota des sanctions.

720. L'inexécution contractuelle ou le manquement aux obligations se manifestent soit de manière objective, soit de manière très subjective. D'abord objective, car la sanction du concessionnaire peut être prononcée en marge de son comportement vis-à-vis de l'exploitation. Par exemple, les pénalités de retard infligées au concessionnaire pour défaut de mise en service à date convenue, sont dues indépendamment des efforts ou de l'indiligence du cocontractant. Celui-ci peut subir la défection de ses sous-traitants[1506], des retards pris par les travaux[1507], ou tout autre évènement qui ne constituerait pas, pour lui, une force majeure ou une sujétion technique imprévisible. C'est la conséquence première du transfert nécessaire du risque de construction. Aussi, parce qu'il assume le risque de disponibilité, il est le seul responsable des manquements à la concession qui en découlent[1508]. Quel que soit le motif de l'indiligence, manifeste ou non, le concessionnaire peut être sanctionné. Il en va ainsi du

---

[1503] V. à ce sujet, HOEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, *préc.*, p. 332 à 333.

[1504] DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t.1, *préc.*, p. 1045.

[1505] An sens de l'article 1231-5 C. civ.

[1506] BRACONNIER (S.), « Retard de chantier et (dés)équilibres des relations contractuelles », *A.J.D.A.*, 2014, p. 2343.

[1507] C.E., 6 déc. 1918, req. n°48335, *Société de distribution d'énergie électrique du Rhône c. Commune de Jarnioux*, *Leb.*, 1918.

[1508] V. *Supra.*, Première partie, Titre 2, Chapitre I.

défaut de production d'éléments d'informations relatifs à la concession tels que les comptes rendus techniques et financiers, les rapports annuels, ou les inventaires ponctuels[1509].

721. Puis subjective, car les parties en vertu de la liberté contractuelle, sont en mesure de se contraindre à un niveau d'exécution qui leur est propre. Le cocontractant ne peut réfuter l'application d'une sanction au motif qu'elle ne relève pas de la « pratique » générale, que le montant calculé est « excessif » par rapport au fait reproché[1510], ou que la sanction est déloyale car imposée unilatéralement par la personne publique[1511].

722. La subjectivité à toutefois une limite sensée. Elle ne doit pas conduire à l'établissement d'un cadre contractuel du « tout-sanctionnable »[1512]. Particulièrement parce qu'il n'est pas de risques d'échapper au régime de la responsabilité contractuelle en l'absence de sanction prédéfinie. Il reviendra seulement au juge du contrat d'apprécier les fautes établies par les parties, et d'évaluer le montant des réparations en fonction des dommages constatés et de la valeur du contrat[1513]. Le juge peut, en outre, moduler les indemnités contractuelles manifestement excessives par rapport à la valeur du contrat[1514].

723. Ces sanctions et le régime indemnitaire contractuel défini ont le mérite de la dissuasion. S'il n'est pas constamment mis en œuvre par la personne publique ou par son concessionnaire, le dispositif pénal de la concession permet une certaine fluidité dans la résolution des litiges contractuels. Cette fluidité, favorable à la gestion continue, préserve l'essentiel de l'équilibre économique et place chaque partie face à l'obligation de son respect. Toutefois, lorsque ce dispositif est appliqué mais insuffisant, le risque de troubles portés à l'équilibre économique devient sensible. Dans ce cas, c'est au concédant, en tant qu'autorité publique, d'user de ses prérogatives coercitives.

[1509] C.E., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, *préc.*

[1510] La modulation des pénalités est fondée non sur le montant manifestement excessif par rapport aux faits, mais par rapport à la valeur globale du contrat, C.E., 29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*, *préc* ; C.E., 4 mai 2011, req. n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes*, *Uzès et Bagnols et Le Vigan*, *préc.*

[1511] Il s'agit là du privilège du préalable de la personne publique. Elle n'a ni à saisir le juge ni à démontrer un quelconque préjudice subi lorsque la sanction est une pénalité contractuelle, C.E., 17 déc. 1926, *Monnot, Leb.*, p. 1123 ; *C*.E., 14 juin 1944, *Skouloukos*, *Leb.*, p. 169.

[1512] Les sanctions, pour être incitatives, doivent être crédibles et raisonnables.

[1513] C.E., 29 déc. 2008, *OPHLM de Puteaux*, *préc.*

[1514] *Ibid.*

2. Le dispositif coercitif pour l'équilibre économique

724. Pour prévenir le déséquilibre irréversible et la rupture du service, la personne publique dispose du pouvoir de coercition sur le concessionnaire en cas de commission de fautes graves. De la sorte, elle a l'occassion ultime de maintenir l'équilibre jusqu'au terme du contrat.

725. La coercition du concessionnaire consiste à le contraindre matériellement, directement ou indirectement, à la réalisation de ses obligations. Indépendante des pénalités ou sanctions infligées par le juge, la coercition du cocontractant entraine le rétablissement temporaire de la tutelle du concédant sur l'exploitation. On distingue ici deux mécanismes coercitifs dont l'invocation est limitée aux cas de faute grave du concessionnaire[1515]. Le premier, est la substitution temporaire d'un nouveau gestionnaire au concessionnaire en place. Il s'agit du pouvoir de mise *sous séquestre* dont les effets sur l'équilibre financier sont nuls pour la personne publique. En effet, le risque est maintenu et demeure subi par le concessionnaire. Le second, plus rédhibitoire, est le pouvoir de résilier le contrat pour faute grave du concessionnaire. Ce dernier perd le bénéfice de l'exploitation et des gains qu'il pouvait en espérer.

726. D'abord, la substitution forcée du concessionnaire est une mesure d'autorité[1516] qui se justifie par les manquements graves du concessionnaire à l'exploitation du service. Les contrats passés par les personnes publiques disposent instinctivement de ce droit de reprise du contrat. Cette substitution appelée *mise en régie* dans les marchés publics, ou *mise sous séquestre* dans les partenariats public-privé, se justifie pour « *assurer la continuité du service public* »[1517]. La mise sous séquestre sauvegarde ici l'exploitation car la déficience du concessionnaire met nécessairement en péril la bonne exécution du service public. Ainsi, est légitime la mise sous séquestre du concessionnaire qui, après mise en demeure et relance, a conditionné son retour à l'abandon par le concédant de sa demande de remboursement de redevances trop-percues au profit du concessionnaire[1518]. De même, une commune est fondée à

[1515] C.E., 13 mars 1912, *Quintyn*, *Leb.*, p. 362 ; C.E., 22 janv. 1919, *Guyot*, *Leb.*, p. 55.

[1516] C.E., 30 mars 1927, *Société de l'énergie industrielle, Leb.*, p. 1063.

[1517] C.E., Sect., 26 nov. 1971, *S.I.M.A.*, *préc.*

[1518] C.E., Sect., 26 nov. 1971, req. n°75710, *préc.*

utiliser son pouvoir de mise sous séquestre lorsque le cocontractant ne respecte pas des délais raisonnables pour la construction de l'infrastructure nécessaire au service public[1519].

727. Son emploi n'est toutefois pas discrétionnaire. En ce sens, n'est pas justifiée la mise sous séquestre lorsqu'il n'est pas établi ni de préjudice ni de faute grave du concessionnaire[1520]. De même, si la personne publique peut conclure un nouveau contrat immédiatement avec un tiers et sans procédure de mise en concurrence, elle ne peut le faire qu'à titre temporaire et dans des situations d'urgence. En ce sens « *la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en oeuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance* »[1521].

728. Par ailleurs, la mise sous séquestre conserve l'équilibre économique car ses effets sont sans incidence sur les obligations du concessionnaire. Il n'y a là aucune novation au contrat. Le concédant ne réintègre pas le risque d'exploitation. Il assure ou fait assurer[1522] la bonne exploitation, sans modifications des conditions d'équilibre, sauf à ce que la substitution génère une amélioration sensible de l'exploitation. Dans ce cas, c'est la personne publique qui doit en conserver les bénéfices[1523].

729. Lorsque la défaillance du concessionnaire se maintient dans le temps, l'autorité publique concédante doit se résoudre à retirer le droit d'exploiter au concessionnaire. C'est le pouvoir de résiliation pour faute qui s'impose. Parce qu'il est réputé assumer le risque d'exploitation, ainsi que les risques communs à tout contrat, le concessionnaire doit supporter les conséquences de ses manquements ou des défections non imprévisibles que l'exploitation

---

[1519] C.E., 25 mars 1966, req. n°s46504 46707, *Ville de Royan*, *Leb.*, p. 237.

[1520] C.A.A. Lyon, 19 avril 2001, req. n°97LY00522, *Société Citécable Rhône-Alpes*, *inédit*.

[1521] C.E., 14 févr. 2017, req. n°405157, *Société Sea Invest Bordeaux c. Grand Port Maritime de Bordeaux et société de manutention portuaire d'aquitaine*, *Leb.*, *préc.*

[1522] Comme le formule les auteurs du *Traité*, le tiers est le « *préposé forcé de l'entrepreneur* », *Traité de droit administratif*, *préc.*, p. 768.

[1523] D. n° 2001-923 du 8 octobre 2001 approuvant la convention de concession passée entre l'État et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau et le cahier des charges annexé à cette convention, Art. 40.4. Dans ce cas, le produit né de la réattribution du contrat doit être rétrocédé à l'État.

peut connaître. On sait que puisque l'exception d'inexécution n'est pas invocable dans les contrats administratifs, sauf hypothèse de force majeure, le cocontractant ne peut se déresponsabiliser de l'exploitation et s'en défaire comme d'une entreprise normale. La renonciation au bénéfice du contrat n'est pas envisageable. L'équilibre financier est ainsi non un droit, mais une véritable obligation[1524].

730. La résiliation pour sanction de la défaillance du concessionnaire est un pouvoir subsidiaire et ultime, qui consiste à mettre fin de manière anticipée à l'exploitation. Elle est punitive, car le concessionnaire perd les bénéfices escomptés du contrat dont son retour sur capital investi. Néanmoins, elle n'est pas sans conséquences pour la personne publique. Selon la période à laquelle intervient la résiliation, elle est un poids financier pour le concédant. Si l'amortissement total des biens n'est pas réalisé, elle devra en assumer le coût par le versement du reste à amortir[1525], même si tout ou partie de ce montant peut être couverte par les indemnités moratoires invoquées pour compenser le préjudice subi[1526]. Aussi, la rupture doit être fondée car son abus peut entraîner la reprise des relations conventionnelles, ainsi que l'indemnisation du concessionnaire[1527]. Ce dernier peut alors même demander la résiliation du contrat pour rutpure de l'équilibre économique lorsque le concédant s'est lui-même rendu responsable de fautes graves. L'équilibre économique doit alors être reconstitué à son profit et dans les conditions d'exécution les plus favorables[1528].

731. On constate toutefois que ces extrêmités ne sont jamais atteintes en pratique. Le contrat de concession, en tant que partenariat, fait de plus en plus de places à la résolution préventive et consensuelle des conflits. L'introduction de dispositifs négociés présente des avantages

---

[1524] Le risque doit être supporté et assumé par le concessionnaire. Sa contrepartie, rappelons-le, est son droit d'exploiter. Mais, si ce droit d'exploiter est insuffisant, cela ne signifie pas que le risque ne doit plus être assumé. Sinon, il n'y aurait pas de transfert de risque, mais une simple prestation de service et/ou de travaux publics.

[1525] C.E., 20 mars 1957, *Établissements Thermaux d'Ussat-les-Bains*, *Leb.*, p. 182.

[1526] C.E., 17 mars 2004, req. n°243141, *Ville d'Aix-en-Provence, Contrats et Machés publ.*, 2004, n°150, comm. ECKERT (G.).

[1527] C.E., Sect., 21 mars 2001, req. n°304806, *Commune de Béziers* dit « *Béziers II* », *A.J.D.A*, 2011, p. 670, chron. LALLET (A.) ; *R.F.D.A.*, 2011, p. 507, concl. CORTOT-BOUCHER (E.) ; p. 518, note POUYAUD (D.) ; *R.J.E.P.*, 2011, comm. 44, COSSALTER (P.) ; *Dr. adm.*,, 2011, comm. 46, BRENET (F.), MELLERAY (F.) ; *Contrats et Marchés publ.*, 2011, comm. 150, PIETRI (J.-P.).

[1528] C.E., 2 mars 1951, *Ville de Poissy*, *Leb.*, p. 774.

certains, mais peut aussi interroger sur la réalité du risque économique et sur l'érosion certaine de l'unilatéralité dans la coercition du concessionnaire.

B. La sanction consensualisée

732. Le contrat de concession de service public offre comme tout partenariat public-privé, un « *terrain naturel et spontané* »[1529] pour la résolution préventielle et compromissoire des litiges nés de l'exécution du contrat. En fait, le caractère « personnel » de la relation qui s'établit sur la durée d'exploitation impose une réflexion curative en amont du recours juridictionnel pour préserver autant la continuité du service public que l'équilibre économique qui peut être sensiblement remis en question par les défections respectives des cocontractants (1). Ainsi, de plus en plus de contrats font des modes alternatifs de règlement des litiges une condition *sine qua none* en amont de la conclusion du contrat. En outre, l'introduction de techniques propres aux contrats de partenariat dans les concessions de service public, et dont l'intérêt s'avère purement financier, appelle plusieurs remarques notamment sur leurs effets tant sur l'équilibre économique que sur l'autorité qu'a la personne publique sur celui-ci (2).

1. Le choix de la résolution alternative

733. Très succintement, les modes alternatifs de règlement de litiges nés de l'exécution du contrat consistent à trouver une solution « *extra* » juridictions de droit commun ou pré-juridictionnelle favorable à la fluidité des relations et à un rétablissement « rapide » de conditions « normales ». Les parties, par ce règlement, espèrent éteindre le conflit définitivement et empêcher un recours juridictionnel classique dont les délais sont prohibitifs tant pour le bon déroulement des relations en cours que pour la sécurité juridique du contrat. Développés sur la base de pratiques courantes en droit civil ou en droit international, ces modes de règlement sont aujourd'hui très largement répandus dans les contrats administratifs[1530]. Si l'objet n'est pas d'en faire une liste exhaustive, dont l'intérêt serait ici limité, il faut affirmer que les parties jouissent d'une liberté notable. À cet égard, les personnes publiques peuvent y avoir recours sans obstacle particulier[1531]. Ainsi, qu'il s'agisse

---

[1529] DUCHON-DORIS (J.-C.), « Conciliation et délégation de service public », *C.J.E.G.*, n°578, Juillet 2001, chron. 100106.

[1530] V. RICHER (L.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 3.

[1531] Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, *J.O.R.F.*, n°0093 du 20 avril 2017, texte n° 23.

de la conciliation et de la médiation, le juge considère qu'« *Aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à l'insertion, dans les contrats que passe l'Administration, d'une clause prévoyant que les difficultés auxquelles donnent lieu ces contrats devront être soumises, préalablement à la saisine du juge compétent, à l'avis d'une personne ou d'un organisme qu'ils désignent* »[1532]. De la sorte, le médiateur (« inactif ») ou le conciliateur (« proactif »)[1533] peuvent être le juge administratif, civil, un tiers désigné *ex ante* ou un tiers mandaté. Sa qualité et sa fonction sont aussi librement définies ; il peut être une autorité publique, un expert, un architecte, un professionnel. Le recours à la procédure amiable est un préalable obligatoire à toute introduction d'une requête juridictionnelle lorsque la clause est ainsi prévue[1534]. Le recours face au juge administratif ne peut intervenir qu'à la suite de la sentence arbitrale[1535].

734. *A contrario*, concernant le recours à l'arbitrage, celui-ci demeure exclu sauf exceptions légales pour les personnes publiques. En matière contractuelle, seuls les marchés de partenariat sont expressément visés par le recours à l'arbitrage concernant des litiges relatifs à l'exécution du contrat[1536]. Les contrats de concession ne sont concernés qu'en présence de relations conventionnelles internationales dont la régularité avec l'ordre public interne demeure sous le contrôle du juge administratif[1537].

735. L'impact de ces modes alternatifs de règlement des conflits nés de l'exécution du contrat a des incidences conséquentes sur l'équilibre économique lorsque la résolution du litige fait l'objet d'une transaction[1538]. Par sa conclusion, les parties entendent fixer la nature et

---

[1532] C.E., 27 juill. 1984, req. n°44895, *Société OTH Méditerranée*, *R.D.P.*, 1985, p. 247.

[1533] Le conciliateur émet un avis et propose un règlement des litiges amiable et conciliatoire.

[1534] C.E., Sect., 19 janv. 1973, req. n°82338, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, préc.*

[1535] La sentence arbitrale doit être conforme aux règles d'ordre public et aux principes de la commande publique, C.E., 9 nov. 2016, Ass., req. n°388806, *Société Fosmax LNG*, *Leb.*, p. 466, concl. PELISSIER (G.) ; T.C., 11 avr. 2016, req. n°4043, *Société Fosmax LNG c. Sociétés TCM FR, Tecniment et Saipem*, *Leb.*, p. 586 ; *B.J.C.P.*, 2016, p. 298, concl. ESCAUT (N.) ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 750.

[1536] Ord. n°2015-889, Art. 90.

[1537] T.C., 11 avr. 2016, *préc.* ; C.E., 19 avr. 2013, req. n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente C. Société Ryanair Ltd*, *A.J.D.A.*, 2013, p. 1275, chron. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.) ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 49, BRENET (F.) ; *J.C.P.A.*, 2013, p. 2245, note MUSCAT (H.) ; p. 2330, note BLANCHON (C.) ; *R.D.I.*, 2013, p. 362, obs. BRACONNIER (S.).

[1538] « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* », C. civ., Art. 2044. V. Circ. du 7 septembre 2009 relative au recours à la

l'étendue des concessions réciproques, ainsi que les modalités de l'évaluation des dommages et intérêts. Elle est d'ailleurs le moyen le plus simple pour évaluer la remise en état économique d'un contrat jugé illégal. Aussi, par la transaction, les parties peuvent convenir de nouvelles conditions d'équilibre économiques lorsque ces modifications n'ont pas pour objet de contourner les règles de procédure de mise en concurrence. En ce sens, un protocole transactionnel est une méthode de prise en compte de *faits du prince* ou d'évènements imprévus dès lors que leur montant est estimable et déterminable objectivement, qu'il ne constitue pas une *libéralité*[1539], et qu'il ne « *méconnaît pas d'autres règles d'ordre public* »[1540]. Faut-il alors que la *transaction* conventionnalisée *ab initio* soit valorisée par la personne publique et que ses effets sur l'équilibre économique lui soient pleinement connus.

2. Résolution préventive des conflits et effets sur l'équilibre économique

736. De prime abord subsidiaires, les méthodes de résolution des conflits par des moyens alternatifs au recours juridictionnel classique ont des incidences financières importantes. *A priori* sans incidences financières, ces clauses sont en réalité des variables de l'équilibre économique. Véritablement, les clauses instaurant une *contractualisation* des sanctions favorisent la *bancabilité* et l'attractivité du contrat notamment vis-à-vis des organismes financiers qui soutiennent le cocontractant ou qui composent le groupement titulaire du contrat. On peut en donner deux illustrations.

737. D'abord, par l'internationalisation croissante des contrats de type *concessif*, certaines clauses tirées de la pratique des contrats de *P.F.I.* peuvent se voir transposées. C'est le cas des

---

transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *J.O.R.F.*, 18 sept. 2009, n°216, p. 15230 à 15234, NOR : ECEM0917498C.

[1539] C.E., 1971, *Mergui*, *préc.* V. récemment, C.E., 3 mars 2017, req. n°392446, *Société Leasecome*, *A.J.D.A.*, 2017, p. 494 ; *R.T.D. com.*, 2017, p. 297, note LOMBARD (F.).

[1540] C.E., 6 déc. 2002, req. n°249153, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, *Leb.* ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 280, chron. DONNAT (F.), CASAS (D.) ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 291, concl. LE CHATELIER (G.) ; p. 302, note PACTEAU (D.).

clauses de substitution ou dites de « *step-in right* »[1541]. Le *step-in right* est une forme de *mise sous séquestre* dont l'initiative n'est pas strictement réservée à l'autorité publique. Son invocation donne la possibilité à une des parties de substituer un nouvel opérateur chargé de l'exécution du contrat en cas de défaillance née de l'(in)exécution de l'opérateur en place. Sa fonction *préventive et curative* des défections d'exécution est indéniable puisque pour permettre la continuité de l'exploitation, le groupement assure la disponibilité permanente d'un exploitant. Mais sa fonction est tout aussi primordiale. En réalité, en substituant un nouvel exploitant, le *step-in right* autorise le groupement à conserver l'équilibre économique du projet et à sécuriser le coût de son financement. En négociant son introduction dans un contrat de concession, le concessionnaire parvient à rassurer ses organismes prêteurs en réduisant le risque qu'ils pourraient courir du fait de la défaillance ; ce qui mécaniquement offre des conditions plus avantageuses pour le financement de l'investissement. Par ailleurs, le concessionnaire lui-même s'assure du maintien de la rentabilité qu'il escompte de l'équilibre économique en prévenant le risque d'application des sanctions contractuelles. Le concessionnaire évite ainsi la déchéance de l'exploitation, la sanction financière par l'infliction de pénalités, ou le cas échéant, organise le report de leurs coûts sur l'exploitant sortant défaillant ou l'exploitant entrant.

738. Ces clauses interrogent donc sur plusieurs points. D'abord, elles interrogent sur leur prise en compte dans le calcul de la rentabilité du projet. En tant que variable du coût de financement, elle est une donnée qui doit être intégrée et être identifiée dans le transfert du risque financier. Puis, en droit français, elles interrogent quant à leur opposition à une prérogative de puissance publique qu'est le pouvoir de coercition de la personne publique. En intégrant une telle clause, le concédant se risque à abandonner une de ses prérogatives d'ordre public. À notre sens, ce risque est réel mais doit être tempéré. La coercition de la personne publique par une *mise sous séquestre* demeure rare et conditionnée au péril de l'équilibre économique et à la continuité du service public. En octroyant une clause de *step-in right*, il y a une certaine automaticité dans la sauvegarde de ces deux finalités. Enfin, les clauses de *step-in right* interrogent quant à leur légalité et leur compatibilité avec le droit européen[1542]. Si

---

[1541] VANDOMME (L.), BANDET (D.), « La reprise du projet par la partie publique dans les contrats de partenariat », *R.D.I.*, n°2, Mars 2005, dossier 5.

[1542] AUGAGNEUR (L.-M.), KARPENSCHIF (M.), « Eurotunnel et la question de la validité des clauses de substitution :- Step-in right versus droit des faillites », *J.C.P.G.,* n°4, 25 Janvier 2006, I 106.

les questions demeurent quant à l'entrave qu'elles font au droit des procédures collectives notamment face à la faillite du concessionnaire, celles relatives au droit européen de la concurrence ce sont résolues. Critiquées pour leur non-conformité notamment parce qu'elles organisaient un contournement des règles de procédure de mise en concurrence, ces clauses entrent désormais dans le champ d'application de l'article 36 du décret n°2016-86. Celui-ci précise ici deux hypothèses dans lesquelles le *step-in right* s'insère. Selon le 4° de l'article 36, il n'est pas de modification substantielle lorsqu'un nouveau concessionnaire « *se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession* (…) *a) En application d'une clause de réexamen ou d'une option définie* (…) *b) Dans le cas d'une cession du contrat de concession, à la suite d'opérations de restructuration du concessionnaire initial* (…) ». Ainsi, si ces clauses sont prévues et valorisées *ab initio*, il n'y a pas d'opposition à leur mise en œuvre.

739. En pratique, on peut noter l'existence de telles clauses dans les contrats de concession d'autoroutes. L'article 40.2 du décret n°2001-923 organise un modèle de substitution hybride entre la *sanction* et le *step-in right*. Lorsque le concédant estime que la déchéance du concessionnaire s'impose, il lui revient de lui enjoindre par mise en demeure de se conformer à ses obligations sauf à risquer une déchéance du contrat. Or, en réponse à la défaillance du concessionnaire et « *dans le délai de soixante jours à compter de la réception de la mise en demeure, le concessionnaire peut, dans le respect de la législation et de la réglementation applicables, proposer une entité substituée pour poursuivre l'exécution du contrat* »[1543]. On remarque néanmoins qu'une véritable clause de *step-in right* est introduite au seul bénéfice des établissements financiers en cas de refinancement de la concession. Dans ce cas, « *le droit de substitution visé ci-dessus pourra être exercé, à titre exclusif, par les créanciers financiers autres que les actionnaires du concessionnaire, ou agissant en qualité autre que celle d'actionnaire, ou par leur représentant* »[1544].

740. Une seconde illustration tient quant à elle dans l'expansion de la pratique de l'accord autonome et de sa filiation avec la transaction[1545]. Fréquemment utilisée dans les partenariats

---

[1543] Art. 40.2, al. 2.

[1544] *Ibid*., al. 3.

[1545] C.E., 11 mai 2016, req. n°s 383768 et 383769, *M. Rouveyre c. Commune de Bordeaux et société Stade de Bordeaux Atlantique*, *A.J.D.A.*, 2016, p. 924 ; *D.A.*, n°7, Juillet 2016, comm. 46, BRENET (F.) ; *J.C.P.A.*, 2016, act. 407 ; n°22, 6 Juin 2016, p. 2143, comm. COLMANT (S.), TESSIER (E.) ; C.A.A. Bordeaux, 17 juin 2014, req. n°13BX00564, *M. Rouveyre*,

public-privé, cet accord est un instrument de sécurisation du financement[1546]. En ayant recours au financement de projet[1547], les établissements prêteurs connaissent le plus haut niveau de risque sur l'opération lors de la première phase contractuelle, la réalisation des travaux et ouvrages. Lors de cette phase, ni la société de projet ni les organismes prêteurs ne perçoivent de revenus car la personne publique ne commence à verser les loyers que lors de la mise à disposition des biens. C'est seulement à ce moment là que la société de projet et les établissements financiers peuvent obtenir l'agrément de la personne publique pour la cession de créances détenues sur elle[1548]. Or, dès sa signature et sa publication, le contrat est soumis au risque juridique et contentieux, élément du risque de disponibilité de l'opération.

741. Ainsi, parce qu'il n'y aucune possibilité de *liquider* la créance avant la mise à disposition des travaux, et en prévention des litiges, les parties peuvent décider de régler dans un accord autonome - contrat transactionnel accessoire au contrat principal avec condition suspensive[1549] - la survenance des litiges éventuels et les conséquences financières qui en découlent. En tant que *transaction*, les clauses organisent nécessairement des concessions mutuelles. La société de projet et ses établissements prêteurs doivent « *garantir la continuité du financement du projet,* (…), *en cas de recours des tiers contre ce contrat ou l'un de ses actes détachables et d'annulation ou de déclaration ou de constatation de nullité du contrat* ». La personne publique quant à elle, se doit « *de « sanctuariser » les sommes libérées par les financeurs durant la phase de construction, en en faisant, contractuellement, des « dépenses utiles », nécessairement indemnisées par la personne publique en cas de fin anticipée du*

A.J.D.A., 2014, p. 1662, concl. KANTZ (D.) ; T.A. Bordeaux, 19 déc. 2012, req. n° 1105079, *M. Rouveyre,* A.*J.D.A.*, 2013, p. 529, note BRACONNIER (S.).

[1546] BRACONNIER (S.), « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *A.J.D.A.*, 2013, p. 529.

[1547] Le financement de projet est une méthode de financement qui limite le risque de l'apporteur aux seuls investissements et actifs du projet. Le remboursement de l'encourt de la dette est quant à lui réalisé par les *cash-flow* et la *rentabilité* du seul projet. En marché de partenariat, il s'agit des loyers et des redevances pour services rendus, dans les concessions, il s'agit des fruits du droit d'exploiter.

[1548] C. mon. fin., Art. L. 313-29-1, al. 2.

[1549] concl. KANTZ (D.), *A.J.D.A.*, 2014, P. 1662, *préc.*

contrat »[1550]. Le risque contentieux est transféré à la personne publique ; une part du risque de construction aussi.

742. L'accord autonome devrait être utilisé avec prudence dans les contrats de *concession*. Bien que les risques afférents à la construction et au contentieux soient des risques communs entre marchés de partenariat et concession de service public, le régime juridique qui les distingue est fondé sur l'équilibre économique et le risque d'exploitation transféré. En reportant le risque de disponibilité et en garantissant l'indemnisation du partenaire, la personne publique réduit le risque financier des débuts d'exécution (pas de revenus). Or, si le risque est réduit sur cette phase, il est nécessairment réduit sur la phase d'exploitation, ce qui augmente sensiblement la rentabilité de l'opération. On pourrait démontrer cela par la combinaison des outils conventionnels disponibles. D'abord, un accord autonome pourrait transiger sur l'indemnisation du concessionnaire pour faire suite à la réduction de la durée d'exécution[1551]. Puis, le montant de l'indemnisation due au concessionnaire pourrait lui être versé immédiatement avant la fin du contrat ou avant la réalisation effective de la réduction de durée. On constaterait alors irrémédiablement, et quoique réduite temporellement, une augmentation sensible de la rentabilité intrinsèque du projet[1552], car, dans cette configuration, l'investisseur a meilleur intérêt à concrétiser une rémunération même réduite, plutôt que d'espérer une rémunération plus grande mais incertaine.

743. Quel que soit le moyen appliqué pour préserver l'équilibre économique, il est constamment recherché les effets les plus proches de ceux ayant emportés le consentement à l'équilibre. Le concédant doit être en mesure de s'assurer de la pérennité financière du contrat et la continuité du service ; le concessionnaire doit être en mesure de jouir de son droit d'exploiter dans des conditions normales d'exploitation. Toutefois pour y parvenir, les mesures préventives mises en place ne sont pas toujours suffisantes. Parfois, l'équilibre laisse place à un déséquilibre qui, parce qu'il n'est pas curable, ni par la modification ni par la sanction, devient irréversible. Le seul remède est son extinction et la recherche d'un nouvel équilibre économique, basé ou non sur le même mode de gestion.

[1550] BRACONNIER (S.), « Sécuriser le financement des PPP en sécurisant les « accords autonomes » ?, *R.D.I.*, 2012, p. 529.

[1551] BAHOUGNE (L.), préc., p. 542.

[1552] NICINSKI (S.), « L'indemnisation de la valeur non amortie des biens d'une concession constitue-t-elle une aide d'État ? », *préc.*

Section 2 - La gestion du déséquilibre économique

744. L'équilibre économique s'éteint naturellement à l'échéance du contrat. À ce stade, les parties sont réputées avoir extrait le maximum de l'équilibre financier ; celui-ci est vidé de sa substance : les biens sont amortis, et le concessionnaire a été en mesure de réaliser un retour sur capital investi. Or, tout équilibre ne s'éteint pas dans ces conditions naturelles. Par exemple, l'ancien article 40 de la loi *Sapin* prévoyait des hypothèses de prolongation de la durée ou de prorogation du contrat. Cette possibilité permettait à l'équilibre de subsister sans réflexion préalable sur l'équilibre économique préexistant, ce qui avait pour effet de faire entrer l'équilibre économique dans une dynamique perverse. D'abord, la prorogation d'une année pour motif d'intérêt général, dont l'invocation laissait présager toute sorte de motifs[1553], n'était en réalité qu'un simple moyen, pour l'autorité publique, d'aménager une période supplémentaire afin d'organiser une procédure de remise en concurrence[1554]. Cette hypothèse liée à la *continuité du service public*[1555], n'emportait ici aucune contrepartie supplémentaire pour le concessionnaire que d'assurer l'exploitation dans les mêmes conditions que celles devenues caduques[1556]. C'est en connaissance (ou non) de cause, que les autorités publiques permettaient à leur cocontractant de dépasser l'équilibre financier pendant une année (ou plus) et ce, malgré la phase de rente dans laquelle se trouve normalement l'exploitation en fin de contrat[1557].

745. C'est la même chose dans le cadre d'une prolongation pour nouveaux investissements. Rarement, la prolongation faisait l'objet d'une analyse préalable sur les conditions initiales de l'équilibre financier et l'éventuelle excessivité de la durée par rapport au temps

---

[1553] C'est ce qu'il ressort des travaux de la commission du Sénat où la commission relève que « *la prolongation serait certes facile à justifier eu égard au caractère imprécis de la notion de « motifs d'intérêt général » mais elle est beaucoup trop brève* » pour être utilisée par les délégants *a contrario* de l'esprit de la loi, Rapp. n°61 (1992-1993), 25 nov. 1992.

[1554] C.A.A. Marseille, 9 avril 2009, req. n°07MA02807, *Commune d'Orange*, *Tables* ; JurisData : 2009-005048 ; T.A. Montpellier, 4 juin 1997, *Clavijo c. Commune de Béziers*, JurisData : 1997-036043.

[1555] C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, *A.J.D.A.*, 2005, p. 1686, note DREYFUS (J.-D.) ; *B.J.D.C.P.*, 2005, p. 381, concl. BOULOUIS (N.).

[1556] «(…) *la convention provisoire n'en constitue pas moins, matériellement, la poursuite, durant une brève période destinée à permettre la conclusion d'une nouvelle délégation, de l'ancien contrat. Les modalités d'exécution du service public et le cocontractant sont en effet les mêmes*. », VILA (J.-B.), « Traitement comptable et financier de la concession de service public.– Fiche pratique n°2 », *J.C.P.A.*, n°10, 12 Mars 2012, 2075.

[1557] *Ibid.*

d'amortissement des premiers investissements. De fait, cela aboutissait, pour nombre de collectivités, non à rationaliser le temps disponible et celui nécessaire pour amortir les nouveaux investissements, mais à ajouter purement et simplement une durée supplémentaire à celle existante[1558]. Ces deux exemples, pourtant basés sur des dispositifs légaux, illustrent à quel point l'équilibre est une donnée fragile. La variation d'un des éléments qui le composent peut le faire basculer à l'état de déséquilibre.

746. De ces deux exemples, on peut convenir deux types de déséquilibres irréversibles. Le premier, c'est celui qui est né de la réalisation du risque d'exploitation et qui emporte des conséquences sur le « succès » du concessionnaire. Ce dernier, dans cette circonstance, est dans une situation d'échec qui peut être de nature à faire disparaître l'entreprise concessionnaire. Le second, c'est le déséquilibre irréversible qui est en fait la réalisation normale de l'exploitation. Par là, on entend l'exécution par les clauses contractuelles et qui révèle, peu ou prou, un déséquilibre économique plus profond. Ce déséquilibre suggère que les parties n'ont jamais été en équilibre ou ne le sont plus, sans qu'il y ait eu de mesures correctrices permettant un rétablissement. Face à cela, l'équilibre devient irreconstitutable, la résiliation du contrat s'impose (§1).

747. En outre, les difficultés pour révéler le déséquilibre puis le corriger interrogent sur la pertinence du recours au mode concessif pour la réalisation d'un projet de service public. Ce constat est très actuel. Ainsi, bien que contraintes par le financement et par les moyens techniques, certaines collectivités publiques s'intéressent à des modèles alternatifs de gestion globale du service public. Elles sont en ce sens encouragées par le développement accru de dispositifs institutionnels ou conventionnels favorables à la gestion mutualisée et/ou réinternalisée des services publics. Par ces outils, les personnes publiques, principalement les collectivités territoriales, élargissent leur réflexion quant aux modes de gestion au-delà du recours systématique à l'externalisation sur le modèle concessif. Si cette réflexion est louable et nécessaire, elle ne doit pas conduire à considérer comme plus simple l'évaluation de la

[1558] Contrairement à ce que l'on aurait pu supposer suite à l'avis du 19 avril 2005 qui, rappelons-le, précisait que « *l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre* », *préc.* En l'absence de remise en cause significative, mais de retour à un bénéfice global *raisonnable*, il n'est pas de modification de l'équilibre financier.

gestion du service public. Au contraire, ces outils exposent frontalement les personnes publiques au risque d'exploitation et à leurs effets positifs et négatifs (§2).

Paragraphe 1 - Les déséquilibres économiques nés de l'équilibre

748. Le contrat de concession est un contrat à risque. Son titulaire n'est pas assuré de parvenir à l'équilibre économique au terme du contrat car l'équilibre économique est celui auquel il peut prétendre lorsque les conditions d'exploitation sont *normales*. Or, bien que les hypothèses se soient faites rares suite à l'appréciation très restrictive retenue par les juridictions internes du *risque d'exploitation*, et par l'inappétence des collectivités locales à abandonner *leur* concessionnaire, le cocontractant peut échouer. Cet échec peut aller jusqu'à l'extinction de l'entité gestionnaire. Telle est l'immanence du risque, et telle est la nature du péril[1559].

749. Cette situation de faillite du concessionnaire par l'exploitation interroge sur la suite à donner à l'exploitation. Faut-il compenser une partie des pertes par une subvention d'équilibre que l'on sait difficilement acceptable dans les services économiques ? Faut-il plutôt revoir l'équilibre financier et réviser les clauses tarifaires ? Ou, plus radicalement, faut-il constater que l'échec emporte la résiliation du contrat ? Aucune de ces propositions n'est optimale. Mais, au regard du critère du risque, seule la dernière semble de fait s'imposer (A). Par ailleurs, le déséquilibre ne devient pas irréversible par le seul échec du concessionnaire. Bien au contraire, l'irréversibilité du déséquilibre peut lentement se dessiner tout au long de l'exploitation par des excédents qui dépassent le cadre du risque transféré. La révélation du déséquilibre est alors intimement liée au contrôle par la personne publique de la caducité du contrat (B).

A. L'échec économique

750. L'échec économique de la concession est une conséquence de l'occurrence du risque d'exploitation. Lorsque l'équilibre économique est régulièrement défini, le concessionnaire n'est pas garanti d'amortir l'investissement et opérer un retour sur capital investi. L'échec est alors graduable. Il peut concerner l'échec de rémunération du concessionnaire, car il n'a pas été en mesure de « profiter » de l'exploitation pour constituer sa marge nette bénéficiaire.

[1559] V. *Supra,* Première Partie, Titre II, Chapitre I, Section 1.

Encore, il peut ne pas avoir réalisé l'amortissement complet[1560] des investissements en sus de constituer sa marge nette bénéficiaire. Dans ce cas, il est dans une situation où il a perdu manifestement de l'argent dans l'opération. Face à ce dernier échec, on peut imaginer deux situations. Soit le concessionnaire est une entité suffisamment forte financièrement pour absorber cet échec ; c'est l'hypothèse de filiales de groupes concessionnaires qui parviennent à faire supporter à l'entité mère les déficits et échecs de sociétés dédiées concessionnaires. Soit le concessionnaire est isolée financièrement ; l'échec pouvant aller jusqu'à la disparition de l'entité. C'est l'hypothèse de la faillite du concessionnaire.

751. La faillite est la situation dans laquelle se trouve un exploitant qui n'est plus en mesure d'assurer le paiement de ses dettes. En état de cessation de paiements, la personne morale ou physique devient alors insolvable. Cette situation de détresse économique d'un opérateur est suivie de procédures collectives avec pour finalité de sauvegarder l'entité si cela est possible – par le redressement judiciaire[1561] - ou de liquider les créances et le patrimoine restant à hauteur de la responsabilité des actionnaires par liquidation judiciaire[1562]. Ces procédures collectives propres au droit commun sont inconnues en droit public. Les personnes publiques bénéficient d'une protection générale contre les procédures de droit commun et voies d'exécution[1563], notamment par l'exorbitance des servitudes applicables au *fonds administratif*[1564], et dont l'insaisissabilité et l'inaliénabilité sont des preuves irréductibles[1565]. La formulation du doyen

---

[1560] Entendu comme l'amortissement comptable et l'amortissement financier des investissements. Le concessionnaire peut, malgré les écritures comptables, constater une perte financière car la récupération par l'amortissement n'est pas strictement identique à celle inscrite dans sa comptabilité.

[1561] C. commerce, Art. L.631-1.

[1562] *Ibid.*, Art. L.640-1.

[1563] Par exemple, C. cass., civ. 1ère, 21 déc. 1987, n°86-14167, *Bureau de recherches géologiques et minières (B.R.G.M.), Bull. civ.*, 1987 I, n°348, p. 249 ; *J.C.P.G.*, 17 Nov. 1987, n°46, p. 301, note NICOD (B.) ; *Gaz. Pal.*, 13 oct. 1988, n°s 286 et 287, note VERON (M.) ; *R.J.E.P.*, 1988, n°107, comm. RICHER (L.) ; *R.F.D.A.*, 1988, p. 771, concl. CHARBONNIER, note PACTEAU (B.) ; *G.D.D.A.B.*, n°75, obs. YOLKA (P.). Mais pas contre les procédures dites administratives (C.E., 17 juin 1904, *Commission administrative de l'hospice du Saint-Esprit*, *S.*, 1906, 3, p. 119), notamment lorsque les biens ne servent pas à la mission de service public ou s'ils font partie du domaine privé, V. C.E., Sect., 18 nov. 2005, req. n°271898, *Leb.*, p.515 ; *G.D.D.A.B.*, n°88, obs. YOLKA (P.) ; *A. J.D.A.*, 2006, p. 137, chron. LANDAIS (C.) et LENICA (F.) ; *A.J.D.A*, 2007, p. 1218, étude CASSIA (P.) ; *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 20, note PIETRI (J.-P.) ; *Dr. adm*., 2006, comm. 33, note GUETTIER (F.).

[1564] SCHMALTZ (B.), *préc.*, p. 299 et s.

[1565] V. pour une étude complète *Ibid.*, p. 216 et s. ; CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés.- Contribution à la définition de la notion de biens publics*, *préc.*, p. 479 et s. et p. 561 et s.

HAURIOU illustre ici parfaitement la situation, « *Un établissement privé marche librement, mais il court le risque d'être mis en liquidation par ses créanciers. S'il ne court plus ce risque, il devient un établissement public* »[1566].

752. Le concessionnaire, précisément parce qu'il est une personne privée[1567], n'est pas préservé de l'échec commercial et de l'échec de l'exploitation. Si les personnes publiques sont amenées à vérifier les capacités techniques et financières de leur futur concessionnaire[1568], la survenance du risque, ou sa mauvaise maitrise par l'exploitant peuvent aboutir à une situation de *faillite*. Les procédures collectives précédemment visées, seront applicables de droit. Toutefois, elles se heurtent à la nature des biens nécessaires au service public, les biens de retour. Réputés être propriétés publiques *ab initio*, ces biens sont insaisissables et incessibles par les voies d'exécution classiques, dès lors qu'ils demeurent affectés au service public et qu'ils démontrent leur parfaite utilité[1569].

753. Que faut-il alors penser des biens qui, après la jurisprudence *Commune de Douai*[1570], sont des propriétés privées affectées au service public et constitutives de *biens de retour* ? Dans un arrêt du 15 novembre 1995, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait précisé « *qu'aucun texte ne déclare insaisissables les comptes d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public* »[1571]. Pourtant, on ne peut concevoir qu'une saisie judiciaire puisse mettre à mal l'exploitation et la continuité du service[1572]. Celle-ci s'impose et justifie que les propriétés privées soient grevées d'une protection conservatoire[1573].

[1566] *S.*, 1900, 3, p. 51, note sous T.C., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*.

[1567] V. ROUX (C.), *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2015, (862 p.) ; IDOT (L.), « Garantie de l'État et statut des EPIC », *Europe*, n°7, Juill. 2016, comm. 246.

[1568] D. n°86-2016, Art. 19 à 23.

[1569] C. cass. civ. 2ème, 16 déc. 1965, *Commune Azay-le-Rideau*, *Bull. civ.*, 1965, II, n° 1038 ; C.E., 18 nov. 2005, *Société fermière du Campoloro*, *préc.*

[1570] C.E., 21 déc. 2012, *préc.*

[1571] C. cass. civ. 2ème, 15 nov. 1995, n° 93-13.262, *Cusset*, *Bull. civ*., 1995, II, n° 284 ; *Dr. adm*. 1996, chron. 11, MOYSAN (H.); *R.D.I*., 1996, p. 359, chron. MAUGÜÉ (C.) et AUBY (J.-B.).

[1572] Cons. constit., 25 juill. 1979, n° 79-105 D.C., *Rec. Cons. constit*., 1979, p. 33 ; *A.J.D.A.*, 1979, n° 9, p. 46 ; *A.J.D.A.*, 1980, p. 191, note LEGRAND (A.) ; *J.C.P.G.*, 1980, II, 19547, note BÉGUIN (J.-C.) ; *R.D.P.*, 1979, p. 1705, note FAVOREU (L.).

[1573] C.E., 21 déc. 2012, *préc.* N'en bénéficient pas les parts sociales d'un département dans une société concessionnaire d'autoroutes, dès lors que la cession forcée de celles-ci ne s'opposent pas au contrôle et la surveillance du service public concédé, C. cass., com., 21 janv. 2014, n° 12-29.475, *Département de Saône-et-Loire*, *Dr. adm.*, n° 4, Avril 2014, comm. 26, GIACUZZO (J.-F.).

754. Mais la faillite du concessionnaire ne se résoud pas à l'applicabilité des seules procédures collectives. Il faut évaluer la pertinence du maintien du contrat de concession et *in fine* du maintien du service public. La personne publique ne peut intervenir financièrement en soutien du concessionnaire sans organiser la sauvegarde de l'exploitant. Cette sauvegarde ; sous la forme d'une garantie financière, est prohibée par le droit des aides d'État et contraire à l'esprit de la directive *concessions*. Enfin, outre l'éventualité de la reprise du concessionnaire par un tiers, ou de l'amélioration spontanée des résultats d'exploitation, la question de la fin du contrat s'impose aux parties.

755. Par le passé, de nombreuses conventions anticipaient l'échec du concessionnaire et prévoyaient qu'en cas de faillite, le contrat de concession était de plein droit résilié[1574]. D'autres contrats prévoyaient eux que la personne publique disposait d'un droit discrétionnaire pour résilier le contrat[1575] face à la faillite du concessionnaire.

756. Le Conseil d'État a écarté l'application de telles clauses[1576]. En effet, la résiliation décidée en réaction de la faillite du concessionnaire s'opposait à la bonne exécution des procédures collectives. Pour être menée à bien, les procédures collectives imposent que toutes conventions de l'entreprise en faillite puissent être maintenues jusqu'au terme de la procédure[1577]. Dès lors, sauf à ce que l'administrateur judiciaire renonce à son bénéfice[1578], le contrat continue de produire tous ses effets entre les parties[1579]. Le concessionnaire défaillant n'en est pas libéré[1580].

757. En dépit d'un redressement financier du concessionnaire, la résiliation est la seule solution qui s'impose. La liquidation de la concession entraîne le retour des biens, la réception des travaux réalisés[1581], le paiement des restes à amortir, la récupération des soldes

---

[1574] C.E., 23 janv. 1903, *Compagnie d'électricité de Cognac c. Ville de Cognac*, *Leb.*, p. 37

[1575] C.E., 22 mars 1972, *O.P.H.L.M. de Tours, Dr. adm.* , 1972, n°178.

[1576] C.E., 20 juill. 1988, req. n° 48036, *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB)*, *Leb.*, p. 300.

[1577] « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde*. », C. com., Art. L.622-13.

[1578] C. com., Art. L.622-13, V°.

[1579] DE LAUBADÈRE (A.), MODERNE (F.), DELVOLVÉ (P.), *Traité des contrats administratifs*, t.2, *préc.*, p. 50 et s.

[1580] C.E., 29 juin 1900, *Faillite Tissier*, *Leb.*, p. 445 ; C.E., 9 mars 1951, *Didonna*, *préc.*

[1581] C.E., 3 oct. 2008, n°s 291919 et 291978, *Société Établissements Paul Mathis*, *Contrats et Marchés publ.*, n°11, Novemnre 2008, comm. 255, ECKERT (G.).

du G.E.R., ou encore la recherche des éventuelles responsabilités par voie d'assurrance et garanties financières. Les droits indemnitaires sont quant à eux limités. Ils sont seulement admis lorsque la faillite du concessionnaire est fautive[1582].

758. La liquidation de la concession démontre l'échec du concessionnaire et la rupture manifeste de l'équilibre économique vers un déséquilibre irréversible. La rareté de la faillite des concessionnaires ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas des déséquilibres irréversibles latents. Ceux-ci sont révélés lorsque la personne publique s'appuie sur son pouvoir de contrôle et constate que le concessionnaire jouit d'une situation contractuelle non consentie[1583].

B. Le déséquilibre irréversible par l'exécution « normale » du contrat

759. Le déséquilibre irréversible pourrait se définir comme l'état économique qui correspond au stade où se trouvent les parties qui, par de quelconques moyens, ne peuvent rétablir l'état d'équilibre. Dans les concessions, ce déséquilibre met en péril la bonne exécution du service public, voire l'économie générale du service public. Le constat du déséquilibre irréversible, non rétablissable, devrait conduire à la résiliation des rapports contractuels.

760. En ce sens, la résiliation pour motif d'intérêt général est justifiée pour une convention de concession qui, par ses déficits successifs, mettait en péril le service public et les finances locales[1584]. Le déséquilibre financier irréversible était, dans ce cas de figure, explicite. La « sanction » est la résiliation pour motif d'intérêt général et l'indemnisation contrainte à la valeur non amortie des biens. L'indemnisation du préjudice est, ici, impossible[1585].

761. Mais, le déséquilibre irréversible n'est pas toujours si simplement révélé. Lorsqu'il n'est pas synonyme de détresse économique du concessionnaire, le déséquilibre est tacite,

---

[1582] C.A.A. Paris, 31 janv. 2006, n° 02PA00364, *Société Établissements Paul Mathis*, *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 105, note ECKERT (G.). La faillite n'est toutefois pas, par elle-même, constitutive d'une faute contractuelle, C.E., 28 oct. 1964, *S.E.P.E.C.*, *R.D.P.*, 1966, 209 n°29. La faillite peut, aussi, être de la faute de la personne publique qui a fait obstacle à la bonne exécution du contrat, C.E., 31 mars 1954, *Entreprises Macquart et Compagnie*, *A.J.D.A.*, 1955, p. 226 ; C.E., 7 janv. 1976, *Ville d'Amiens*, *Leb.*, p. 11.

[1583] BOURDON (F.), *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, 2014, p. 515.

[1584] C.E., 24 févr. 1982, req. n°31581, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment*, *Leb.,* p. 87.

[1585] C.E., 4 mai 2015, *Société Domaine Porte des neiges*, *préc.*

voire occulte pour la personne publique. Par exemple, le déséquilibre économique peut se manifester par la constitution d'une rente de situation au profit du concessionnaire. L'asymétrie informationnelle l'aidant, le concessionnaire n'a aucun intérêt à révéler que l'économie du contrat dépasse ses attentes financières, voire dépasse le cadre de l'équilibre financier. Dans ce dernier cas de figure, le déséquilibre devient extrêmement difficile à détecter.

762. On peut en avoir des illustrations au travers d'une succession de jurisprudences relatives à la durée des délégations de service public qui, en matière de résiliation pour déséquilibre irréversible, font état d'un renouveau sur la question. La jurisprudence *Commune d'Olivet*[1586] dont le considérant aboutissait à une mise en conformité didactique des conventions de délégation antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la loi MURCEF passées dans des secteurs protégés, a entrainé un vent de dénonciation des contrats de délégation et conduit à la constatation de leur caducité. La jurisprudence n'a pas été limitée aux seules conventions intervenant dans les secteurs protégés par la loi, mais s'est généralisée à toutes les conventions dont la durée est excessive[1587]. La dénonciation contractuelle pour déséquilibre irréversible se fonde ici sur des motifs tirés de la caducité[1588], de la nullité du contrat[1589], ainsi que sur l'irrégularité de la convention par rapport aux règles de procédure de mise en concurrence[1590].

763. En l'occurrence, est caduque toute convention pour laquelle la survenance d'un élément postérieur à sa conclusion rend son exécution impossible. Il en va ainsi pour la convention de délégation de service public qui a une durée excessive et dont la conclusion est antérieure à la loi MURCEF. La sanction du contrat est la résiliation.

[1586] C.E., Ass., 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux (CGE) c. Commune d'Olivet*, *préc.* ; LE CHATELLIER (G.), « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1092.

[1587] Pour une concession de plages, C.E., 4 juin 2014, req. n°368254, *Société Opilo et Paris Plage*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1184 ; pour la concession d'aérodromes, C.E., 13 juill. 2012, req. n°374073, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres Les verts des pays-de-la-Loire et a., Association ACIPA et a.*, *Leb.*, p. 277, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1717, étude LOMBARD (M.), NICINSKI (S.), GLASER (E.) ; *R.D.I.*, 2012, p. 562, obs. BRACONNIER (S.) ; *A.J.C.T.*, 2012, p. 567, obs. DESINGLY (A.) ; ou encore pour des concessions du service public de stationnement, C.E., 7 mai 2013, req. n°365043, *Société auxiliaire des parcs de la région parisienne (S.A.P.P.)*, *A.J.C.T.*, 2013, p. 426.

[1588] *Ibid.*

[1589] BOURDON (F.), *préc.*, p. 503 et 504.

[1590] C.E., 7 mai 2013, *préc.*

764. Pour les contrats conclus après son entrée en vigueur, ils ne peuvent être réputés caducs. Ils doivent être considérés comme illégaux dès leur conclusion[1591]. La sanction attachée devrait alors être la résolution. Mais, la résolution du contrat après plusieurs années d'exploitation n'est pas sans soulever des difficultés pratiques quant au rétablissement à l'identique des situations juridiques[1592].

765. En outre, il faut supposer que la caducité ou la nullité du contrat puissent être invoquées dès lors que chaque élément qui compose l'équilibre économique a un caractère excessif (ou insuffisant pour le risque). L'exigence de loyauté contractuelle ne semble pas s'y opposer[1593], bien au contraire[1594]. D'ailleurs, l'office du juge n'évoluerait pas sensiblement ; ce dernier se servirait alors de l'équilibre économique comme de la donnée conditionnelle de la validité des contrats[1595]. Ainsi, l'absence de risque d'exploitation devrait ici conduire, au-delà de la requalification en marché public, à la rétrocession des recettes qui dépassent celles nécessaires à la couverture des charges assortie d'une rémunération raisonnable. La rentabilité ou les excédents de profit perçus sont seulement autorisés en contrepartie du risque (droit d'exploiter). De la même manière, les excès engendrés par une tarification trop avantageuse, devraient être redistribués à la collectivité, ici entendue comme l'universalité des usagers du service, au motif de l'inéquivalence ou de la disproportionnalité entre contrepartie et service

---

[1591] « (…) *pour les conventions conclues sous l'empire du nouveau texte [loi Sapin], il nous paraît préférable, pour des motifs de sécurité juridique, de subordonner l'expiration des relations contractuelles, lorsqu'elle intervient avant son terme initialement prévu, à une décision explicite de la collectivité ou du juge. En outre, la caducité d'un contrat suppose qu'il était, au départ, licite, et qu'un événement survenu en cours d'exécution fait obstacle à ce que celle-ci se poursuive. Or, en ce qui concerne les contrats conclus après 1993 pour une durée supérieure à celle fixée par la loi "Sapin", le ver est dans le fruit dès l'origine* », concl. DACOSTA sous, C.E., 7 mai 2013, req. n°365043, *Société auxiliaire des parcs de la région parisienne (S.A.P.P.)*.

[1592] *Ibid.*, p. 510 et s.

[1593] BUREL (A.), « La résiliation, nécessaire sanction de la durée excessive des conventions de délégation de service public postérieures à la loi Sapin »*, préc.*

[1594] V. *préc.*, VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°29, 20 Juillet 2015, 2232.

[1595] Rappelons que la durée a toujours été contrôlée par le juge à l'aune de l'erreur manifeste d'appréciation. Or, en acceptant des argumentaires fondés sur la durée excessive, le juge s'impose nécessairement un contrôle approfondi, subjectif et matériel de la durée sur l'économie générale du contrat. Ce contrôle doit s'imposer aussi pour le risque d'exploitation, mais aussi sur le contenu du droit d'exploiter qui, dans les textes de transposition de la directive 2014/23/UE ont au moins une valeur juridique identique. Par ailleurs, le juge semble, de lui-même, introduire à son raisonnement juridique, un raisonnement économique. Par exemple, C.E., 7 mai 2013, *préc.*

rendu[1596]. Lorsque ces rétrocessions sont impossibles, et qu'aucun équilibre ne peut être retrouvé, la rupture conventionnelle deviendrait la seule issue. Toutes ces hypothèses entrent dans le cadre d'une résiliation d'intérêt général avec les effets juridiques d'une sanction. À cet égard, « *le motif même de la résiliation de la convention fait obstacle à ce que* [la société concessionnaire] *soit indemnisée, ainsi qu'elle le demande, du préjudice résultant du manque à gagner pour la période postérieure à la résiliation* »[1597].

766. De toute évidence, ni l'appréciation, ni l'appréhension de l'équilibre ou du déséquilibre économique des conventions de concession ne sont choses aisées. Toutes les collectivités ne sont pas en mesure de détecter les déséquilibres générés par l'exécution « normale » du service public. Aussi, en l'absence de précisions du législateur[1598] ou du juge, cette situation de fait ne saurait s'améliorer. Certaines collectivités peuvent alors préférer se fier à leurs propres services, et utiliser leurs propres moyens. L'idée n'est pas incohérente. Elle est même potentiellement vertueuse. De cette manière, la collectivité garde la maitrise du service, en assume et en assure la gestion et peut espèrer rationaliser ses coûts, voire faire des économies d'échelle, en mutualisant ou en coopérant avec d'autres collectivités. Le droit offre ces solutions alternatives répondant aux mêmes objectifs que la concession. Toutefois, elles ne nous paraissent pas miraculeuses en soi. Elles dépendent toujours et exclusivement, de la capacité de la personne publique à s'imprégner du service.

Paragraphe 2 - La sortie du modèle concessif vers un modèle de gestion « réinternalisée »

767. L'article 4 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 dispose en son titre préliminaire que les personnes publiques « *peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques* ». En rappelant ainsi la liberté de choix du mode de gestion des personnes publiques, l'ordonnance renforce aussi bien la liberté de contracter que celle de ne

[1596] Car en cas contraire, il s'agit d'un impôt local, qui doit être voté par le conseil délibérant compétent, et inclus dans le champ de ses attributions.

[1597] C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, *préc.*

[1598] Tel est le cas dans les marchés de partenariat avec l'article L.1414-12 C.G.C.T, h), *préc.*

pas contracter. L'externalisation du service public est un moyen de gestion, il n'est bien entendu pas le seul[1599].

768. La plus ancienne des solutions est naturellement la gestion du service public en régie directe. La personne publique réalise, avec l'appui de ses services techniques et de ses moyens matériels, la réalisation-gestion du service public. Longtemps exclue pour les services dits économiques, la régie est devenue, au contraire, le mode de gestion basique du service public[1600]. Ainsi, la gestion en régie d'une activité économique prendra la forme d'une régie dite autonome par constitution obligatoire d'un budget annexe[1601]. Elle peut aussi bien faire l'objet d'une régie personnalisée, ce qui institutionnalise le service public[1602].

769. En parallèle de ces gestions classiques, la personne publique a la possibilité de nouer des partenariats avec d'autres collectivités, soit par le biais de conventions soit par la mutualisation[1603]. Ces possibilités sont toutes à considérer lorsqu'une personne publique souhaite « réinternaliser » le service (A). Toutefois, l'efficience de la réinternalisation est subjective. Elle dépend des capacités intrinsèques de la ou des collectivités concernées. Elle oblige aussi à reconsidérer le risque et à ajouter de nouvelles problématiques liées au contrôle des conventions, des structures, ou des sociétés à capitaux publics constituées pour la gestion du service public (B.).

A. La réinternationalisation du service public

770. La réinternalisation du service public est une éventualité très actuelle. Elle fait suite à deux principaux facteurs qui ont favorisé sa progression dans le choix des modes de gestion des collectivités. Le premier, c'est l'accroissement des possibilités de gestion du service

---

[1599] V. Introduction générale. La remise en concurrence pour une nouvelle gestion déléguée suppose toutefois que la liquidation de la concession soit parfaitement maitrisée par le concédant. Car, à l'issue de la convention, le concessionnaire dispose d'une rente informationnelle qui le place, en cas de nouvelle candidature, dans une position bien plus favorable que ses concurrents. Notamment, en tant que concessionnaire, il a réalisé les infrastructures et les facilités en fonction de son mode subjectif d'exploitation, ce qui est un avantage certain pour la « fluidité » et la continuité de l'exploitation.

[1600] V. *Supra,* Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section I.

[1601] C.G.C.T., Art. L.2224-1 et L.3241-4.

[1602] C.G.C.T., Art. L.2221-4.

[1603] Qui peut tout à fait prendre la forme d'une concession. Telle était la proposition d'un décret de 1930 qui « *instituait la coopération intercommunale pour l'exploitation des servics publics industriels et commerciaux par voie de concession* », BEZANÇON (X.), Thèse, *préc.*, p. 386.

public au fil des lois portant organisation et structuration des collectivités territoriales. Par exemple, l'expansion des établissements publics de coopération intercommunale a eu pour objet de faire transférer des compétences communales pour assurer une gestion territoriale d'intérêts communs dans le cadre d'une entité rationalisatrice. Un autre exemple réside dans la création de syndicats mixtes pour la gestion *transervices* et *transcollectivités*[1604]. Même si la création d'une strate intercommunale ne signifie pas une gestion directe par l'entité publique membre[1605], ce mode de gestion fait désormais partie du panel de choix à disposition des personnes publiques.

771. Le second, c'est la défiance envers les sociétés délégataires de service public qui a pu s'installer suite à divers scandales liés à la rentabilité excessive de certains services et la pratique de tarifs élevés par rapport au service rendu[1606]. Le service public de distribution de l'eau potable dans la région parisienne par la régie « Eau de Paris » l'illustre parfaitement[1607]. Les collectivités n'hésitent plus à s'émanciper du *mythe* selon lequel les activités économiques sont mieux gérées par la sphère privée, et procédent à la réinternalisation de services autrefois délégués. Toutefois, les retours positifs ne sont ni constants ni assurés[1608].

[1604] C.G.C.T., Art. L.5111-1.

[1605] Les exemples sont forts nombreux. Nous en retiendrons un significatif qu'est le syndicat des transports de l'agglomération lyonnaise qui, compétente en matière de transports urbains sur la Métropole et le département du Rhône, délégue la quasi-totalité des services dont la gestion et la réalisation des infrastructures de transports urbains à la société Kéolis, ou encore la gestion de la liaison express Saint-Exupéry-Lyon à la société CFTA Rhône.

[1606] Selon la théorie des coûts de transaction, cette situation de relation de confiance rompue entre concédant et concessionnaire est accrue par la présence d'investissements spécifiques. Autrement dit, la spécificité technique et les capacités propres du cocontractant sont vecteurs de comportements opportunistes du fait de ces spécificités. En l'occurrence, le concédant se retrouve « en ôtage » (situation de *Hold-up*) de son concessionnaire avec qui il est dans l'obligation factuelle de continuer la relation contractuelle ou de la renouveler à son terme. Mais surtout, la probabilité d'une intégration de la « firme » est d'autant plus probable que la rente qu'elle génère est importante, M'HAND (F.), SAUSSIER (S.), « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Rev. française d'économie*, volume 16, n°3, 2002. p. 193-230.

[1607] Chambre régionale des comptes d'île-de-France, rapport d'observations définitives et sa réponse, 27 juin 2014, p. 15.

[1608] Pour un échantillon d'analyse, v. MÉNARD (C.), SAUSSIER (S.), « La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution d'eau en France », *préc.* Sous l'angle économique, et avec une approche des choix organisationnels par les coûts de transaction, les auteurs aboutissent à la conclusion que dans le secteur de l'eau, le recours systématique à la délégation de service public n'est pas synonyme de « meilleure gestion » et de « meilleure qualité », qu'il s'agisse d'indicateurs financiers ou purement techniques.

772. D'abord, toute collectivité n'est pas en mesure de gérer en direct un service public. Nombreuses sont celles qui, faute de moyens[1609] et/ou faute de savoir-faire, ne seraient pas en mesure de fournir aux usagers, à service identique, une prestation qualitative. Par ailleurs, la question de la réinternalisation soulève des problématiques financières non négligeables en tant qu'elle subordonne la reprise de l'activité concédée, à la subrogation préalable de l'autorité publique dans les droits et obligations du concessionnaire sortant. La principale conséquence est l'obligation tirée de l'article L.1224-1 du Code du travail qui impose la reprise du personnel employé lorsqu'il n'a pas été convenu que celui-ci aura l'obligation de le reclasser lors de sa sortie. Dès lors, l'autorité publique est dans l'obligation de proposer des contrats privés ou publics[1610] dans les mêmes conditions essentielles, notamment en termes de rémunération[1611].

773. Puis, la réinternalisation consiste à se réapproprier un risque d'exploitation précédemment transféré à un opérateur concessionnaire. Or, les particularités budgétaires et comptables publics, que l'on sait difficilement transposables aux sociétés concessionnaires de services publics économiques[1612], le sont pleinement aux régies directes ou indirectes[1613]. L'équilibre financier contractuel, devient une obligation d'équilibre réel budgétaire[1614].

[1609] PAULIAT (H.), « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *J.C.P.A.*, n°44-45, 5 Novembre 2012, 2355.

[1610] C. du trav., Art. L.1224-3. Dans cette hypothèse, il s'agit de la reprise en gestion directe par une personne morale de droit public dans le cadre d'un service public administratif. En l'occurrence, la personne publique doit reprendre y compris pour une durée indéterminée, les personnels affectés à l'activité transférée. Or, ces personnels peuvent refuser la transformation de leur statut, ce qui emporte de droit la fin de leur contrat de travail dont les conséquences financières (indemnités de licenciement) sont à la charge de la personne publique.

[1611] Dans le cas de la régie Eau de Paris, ce sont 880 employés précédemment salariés des cinq anciens prestataires (délégataires compris) intervenant dans la gestion de l'eau sur le territoire. V. aussi, GOUTAL (Y.), AVELINE (A.), « Les conséquences d'une reprise en régie d'une activité : le cas des ressources humaines », *A.J.C.T.*, 2014, p. 194.

[1612] V. *Supra*, Chapitre I, Section 1, §2.

[1613] L'un des bénéfices financiers tout à fait indirect que peuvent ressentir les régies par rapport aux délégations de service public est un allègement de la charge fiscale. En ce sens, une régie « *dotée ou non de la personnalité morale, n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés si le service qu'elle gère ne relève pas, eu égard à son objet ou aux conditions particulières dans lesquelles il est géré, d'une exploitation à caractère lucratif* ; (…) *que si le service qu'elle gère relève d'une exploitation à caractère lucratif, elle ne bénéficie de l'exonération d'impôt sur les sociétés que si la collectivité territoriale a le devoir d'assurer ce service, c'est-à-dire si ce service est indispensable à la satisfaction de besoins collectifs intéressant l'ensemble des habitants de la collectivité territoriale* », C.E, 20 juin 2012, req. n°341410, *Dr. Fisc. 2*012, comm. 394 *; J.C.P.A.,* 2012, act. 449 *; A.J.D.A.,* 2012, n°32, comm. COLLET (M.) ; *R.J.F.,* 10/12, p. 795, chr. BOKDAM-TOGNETTI

774. En l'occurrence, les collectivités peuvent préférer à la réinternalisation directe, la coopération conventionnelle[1615]. Les conventions de coopération ont pour objet la mutualisation des moyens entre différentes collectivités territoriales dans le but de poursuivre une activité d'intérêt général commune[1616]. Les conventions sont passées entre les collectivités territoriales « *qui ont pour objet la réalisation de prestations de services* »[1617] avec « *des considérations et des exigences propres à la poursuite de l'intérêt public* »[1618]. Ces conventions ont l'avantage pratique d'être exclues du champ des procédures de mise en concurrence dès lors qu'elles « *portent sur des services non économiques d'intérêt général au sens du droit de l'Union européenne* » ou lorsque les missions visent à la « *mise à disposition du service et des équipements d'un des cocontractants à la convention au profit d'un autre de ces cocontractants* » ou permettant de créer un service « *unifié relevant d'un seul de ces cocontractants* », notamment lorsque ce service est « *fonctionnel* »[1619].

775. À ces conventions, peuvent être ajoutées les conventions d'*ententes*, conventions entres collectivités, qui échappent de la même manière au droit européen, dès lors qu'elle « *ne permette pas une intervention à des fins lucratives*[1620] *de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel* »[1621].

(E.) ; C.E., 7 mars 2012, req. n°331970, *Commune de Saint-Cyprien*, *J.C.P.A.,* n°28, 16 juillet 2012, 2255, comm. ROUGE (S.).

[1614] Un contre exemple existe avec le service d'enlèvement des ordures ménagères qui, définit comme un SPIC lorsqu'il est délégué, devient un SPA lorqsu'il est géré en régie et qu'il donne lieu à la perception d'une taxe d'enlèvement des ordures ménagères. Dans ce cas, le principe budgétaire de l'équilibre réel, ne s'applique pas ; pas plus que celui de l'équivalence et de la proportionnalité entre contrepartie et prestation rendue.

[1615] V. WALINE (J.), « Les contrats entre personnes publiques », *R.F.D.A.*, 2006, n°2, p. 229.

[1616] C.G.C.T., Art. L.5221-1.

[1617] C.G.C.T., Art. L.5111-1.

[1618] C.J.C.E., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c. Allemagne*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-4747 ; *J.C.P.A.*, 2009, comm. 2158, PROOT (P.) ; comm. 2248, LINDITCH (F.) ; *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 226, HOEPFFNER (H.).

[1619] C.G.C.T., Art. L.5111-1-1.

[1620] Ce qui vaut une exonération de fait d'impôt sur les sociétés, C.G.I., Art. 207, 7°.

[1621] C.E., 3 févr. 2012, req. n° 353737, *Commune de Veyrier-du-Lac et Communauté d'agglomération d'Annecy, Dr. adm.* , n° 4, Avril 2012, comm. 33, BRENET (F.).

776. Reste alors que le principe de la gestion par ses propres moyens n'est pas sans contraintes forcées pour les personnes publiques[1622]. D'abord, la coopération ne se limite qu'au service précisément défini et n'intéresse que les collectivités cocontractantes. La forme la plus récente de coopération communale avec la création de la Métropole de Lyon le démontre. L'article L.3633-4 du C.G.C.T. dispose que « *La métropole de Lyon peut déléguer, par convention, la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de ses compétences à une ou plusieurs communes situées sur son territoire, à un ou plusieurs établissements publics ou à toute autre collectivité territoriale. Dans les mêmes conditions, ces collectivités et ces établissements publics peuvent déléguer à la métropole de Lyon la création ou la gestion de certains équipements ou services relevant de leurs compétences* ». Puis, la coopération n'est qu'une mutualisation de moyens, une forme de *pot commun* affecté, et dont la capacité à évoluer est limitée aux dotations publiques et/ou aux décisions de « *mises à disposition* »[1623]. Enfin, ces conventions ne bénéficient des avantages d'une procédure sans mise en concurrence qu'à condition d'une coopération publique-publique limitée à *20 % du marché*[1624].

777. Par ailleurs, il faut souligner que la réinternalisation a pour principal effet de faire supporter le risque d'exploitation directement par les finances publiques. La pression financière de certains services publics peut peser lourd dans la capacité de financement des collectivités locales. Dans l'équilibre économique de la concession, le poids de l'investissement est subi par le concessionnaire qui en finance la réalisation. Lorsque le service public est réinternalisé, il revient à la seule personne publique de les assumer à court, moyen ou long terme. La tentation peut être grande de recourir à nouveau au modèle concessif pour faire financer ces investissements. Or, on voit là un effet pervers d'un tel « aller-retour » du service public. Le principal est non des moindres, est le pouvoir de négociation affaibli de la personne publique et le renforcement de la position de puissance des opérateurs concessionnaires. À l'occasion d'une remise en concurrence, le coût final du réinvestissement risque d'aller à l'encontre de l'esprit voulu par la réinternalisation, la recherche d'économies.

[1622] TERNEYRE (P.), « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *R.F.D.A.*, 2014, p. 407.

[1623] C.G.C.T., Art. L.3633-4.

[1624] D. n°86-2016, Art. 17.

778. Mais les limites de la coopération publique-publique peuvent être dépassées par le choix d'une gestion publique via une entité privée. Cette solution, qui repose sur l'exception du « *in house* », est celle qui se rapproche le plus des avantages de la concession, sans pour autant mener à une externalisation totale des risques et du financement.

B. Le modèle du « *in house* »

779. Les personnes publiques ont, par l'outil de l'économie mixte, l'opportunité de créer des entités qui répondent aux caractéristiques des sociétés privées. L'économie mixte permet, en théorie, de concilier la satisfaction de l'intérêt général[1625], avec l'aspérité d'une rentabilité financière inhérente à tout opérateur économique[1626]. En matière de concessions de service public et jusqu'à la privatisation enclenchée dès 2005 par cession de parts détenues par les entités publiques[1627], l'économie mixte a été le modèle privilégié pour la gestion des autoroutes françaises (les S.E.M.C.A.)[1628]. Première forme qui en a été issue, la Société d'économie mixte (S.E.M. ou S.E.M.L. au niveau local) à capitaux majoritairement publics[1629], a été complétée par des sociétés aux capitaux intégralement publics[1630] avec les sociétés publiques locales d'aménagement (S.P.L.A.)[1631], puis les sociétés publiques locales à objet ouvert (S.P.L.)[1632].

780. Ce modèle de gestion a gagné en intérêt au fur et à mesure des dérogations admises par le juge européen quant aux obligations procédurales de mise en concurrence. À ce titre, les

---

[1625]La volonté de la personne publique de pouvoir satisfaire à ses propres besoins par le biais d'un service distinct et dont l'objet est de fournir des prestations commerciales n'est pas récente. C'est l'exemple de la jurisprudence *Unipain* (C.E., 29 avr. 1970, req. n°77935, *Leb.*, p. 280).

[1626] C.E., 5 juill. 2010, req. n° 308564, *Syndicat national des agences de voyages*, *A.J.D.A.*, 2011, p. 18.

[1627] C.E., Sect., 27 sept. 2006, req. n°290716, *Bayrou et a.*, *Leb.*, p. 404.

[1628] Ainsi, la société ESCOTA créée en 1956, la société SAVR (devenue ASF) en 1957, la société SAPL (devenue APRR) en 1961, la société SAPN en 1963 et la société SANEF en 1963. Auxqelles on peut ajouter les sociétés STMB (devenue ATMB) pour le tunnel du Mont-Blanc en 1958, et SFTRF en 1962 pour le tunnel du Fréjus, qui demeurent sous majorité capitalistique directe ou indirecte de l'État.

[1629] C.G.C.T., Art. L.1522-1 et L.1522-2.

[1630] C.G.C.T., Art. L.1531-1.

[1631] Introduites par l'article 20 de la loi n°2006-872 du 13 Juillet 2006 relative à l'engagement national pour le logement, *J.O.R.F.*, n°163 du 16 juillet 2006, p. 10662.

[1632] Article 1er de la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *J.O.R.F.*, n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697.

possibilités de gestion « *in house* » fondée sur les jurisprudences *Teckal*[1633] et *ARGE*[1634], ont été précisées dans la directive 2014/23/UE pour les conventions passées sous la forme de *concessions*. Diverses conditions cumulatives s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs pour conclure une concession sans procédure de mise en concurrence sur le fondement du *in house*. Toutes entreprises publiques locales n'ont pas vocation à en bénéficier[1635].

781. D'abord, le juge a considéré qu'était dispensée de procédure, la collectivité qui contracte avec une entité sur laquelle elle exerce « *un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* »[1636] ; y compris lorsque cet organisme reçoit des subventions directes de la collectivité adjudicatrice[1637]. Par contrôle analogue, la jurisprudence estime que la collectivité doit avoir « *une influence déterminante* »[1638] et ce, « *tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société* »[1639]. Tel n'est pas le cas lorsque l'entité prévoit la participation « *fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital* »[1640], ce qui exclut, d'office, les S.E.M. soumissionnaires aux concessions.

782. Concernant les S.P.L., la question est plus ouverte[1641]. La lecture combinée des décisions *Carbotermo*[1642], *Asemfo*[1643] et *Coditel Brabant*[1644], permet de considérer qu'une ou plusieurs

---

[1633] C.J.C.E., 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal srl c. Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. I-08121.

[1634] C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. I-11037.

[1635] Ce qui réduit, théoriquement, l'intérêt de constituer une entreprise publique locale pour la dévolution d'une activité de service public.

[1636] C.J.C.E., 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *préc.*

[1637] C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-94/99, *préc.*

[1638] C.J.C.E., 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Rec. C.J.C.E.*, p. I-00001 ; C.J.C.E., 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, *Rec. C.J.U.E.*, 2005, p. I-8585 ; C.J.C.E., 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA*, *Rec. CJ.C.E.*, 2006, p. I-04137 ; C.J.C.E., 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado, Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-2999.

[1639] C.J.C.E., 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, *préc.*

[1640] Cela va de soi lorsque la pariticipation privée est majoritaire, C.J.C.E., gd. ch., 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti, préc.*

[1641] BERGEAL (C.), « Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? », *A.J.C.T.*, 2011, p. 19.

collectivités ont un contrôle analogue et une influence décisionnelle déterminante dès lors que l'entité qu'elles contrôlent conjointement est directement ou indirectement détenue en totalité. L'entité pourra être titulaire du contrat sans procédure de mise en concurrence dès lors qu'elle réalise « *l'essentiel de son activité* »[1645] au profit de ses actionnaires[1646].

783. Reste que la concession *in house* ne connait pas d'interprétation uniforme. La doctrine s'interroge notamment sur l'applicabilité aux structures publiques d'économie mixte[1647] des dispositions introduites par les articles 16 (« quasi-régies » des pouvoirs adjudicateurs) et 18 (« entreprises liées » des entités adjudicatrices) de l'ordonnance du 29 janvier 2016. Bien qu'il s'agisse là de la compilation des jurisprudences antérieures, et que des précisions aient été apportées sur la notion de « *l'essentiel de l'activité* »[1648], certains auteurs estiment que l'exception *in house* doit être réservée aux seules sociétés sur lesquelles les actionnaires privés n'ont ni la « *capacité de contrôle ou de blocage* » ni « *une influence décisive* »[1649].

[1642] *Préc.*

[1643] *Préc.*

[1644] C.J.C.E., 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-8457.

[1645] C.J.U.E., 8 déc. 2016, aff. C-553/15, *Undis Servizi Srl c. Commune di Sulmona*, *Rec. Gén. C.J.U.E ; J.C.P.A.*, n° 2, 16 Janvier 2017, 2015, comm. KARPENSCHIF (M.).

[1646] Les S.P.L. et S.P.L.A. réalisent « *leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres* » (C.G.C.T., Art. L. 1531-1), ce qui exclut *de facto*, les possibilités d'activités accessoires au profit d'autres bénéficiaires. V. DEVÈS (C.), « Les sociétés publiques locales interdites d'activités accessoires ? », *J.C.P.A.*, 2016, 2246.

[1647] V. LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Sociétés d'économie mixte (SEM) - Sociétés d'économie mixte et quasi-régie : la fin des illusions ? », *Contrats et Marchés publ.*, n° 10, Octobre 2016, repère 9 ; KARPENSCHIF (M.), « Du in house aux in house après la directive concession ? », *C.P.-A.C.C.P.*, Mars 2014, n°141, p. 64 ; « Les SEML peuvent-elles être in house ? », *J.C.P.A.*, n°39, Octobre 2016, p. 2245 ; SESTIER (J.-F.), « Les nouvelles dispositions relatives aux relations in house et aux coopérations public/public », *B.J.C.P.*, n° 94, mai 2014, p. 13.

[1648] « *La personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle* », D. n°86-2016, Art. 16.

[1649] Directive 2014/23/UE, Art. 17. V. à ce sujet, Fiche Direction des Affaires Juridiques (D.A.J.), mise à jour au 21 juin 2016, disponible : http://www.economie.gouv.fr/daj/contrats-entre-entites-secteur-public-2016.

784. En réponse à ces exigences, le législateur interne a créé la société d'économie mixte à opération unique (S.E.M.O.P.), forme de société dédiée publique-privée[1650]. La mise en concurrence est réalisée en amont, au stade du choix des actionnaires[1651]. La création de la société après constitution de l'actionnariat est suivie de la dévolution directe du contrat. La société est en principe, contrôlée par la personne publique[1652].

785. On voit dans ces structures « privées » une option offerte aux collectivités pour combiner les avantages de l'externalisation. Les sociétés à capitaux publics jouissent des possibilités de gestion assouplies que procure le statut juridique de société de droit privé. En ce sens, et bien qu'un suivi budgétaire et comptable s'impose pour la ou les personnes publiques concédantes, celles-ci parviennent à s'exonérer des principes budgétaires qu'imposent les budgets annexes de S.P.I.C. Par ailleurs, en tant que société, la structure n'est pas non plus limitée quant aux activités financières et commerciales estimées accessoires au service public dévolu. Enfin, la société est réputée être « contrôlée » par les actionnaires publics qui composent son capital de la même manière que sur « *ses services* ».

786. Si l'on entend ces avantages, on peut toutefois y apporter plusieurs pondérations et plusieurs limites. La première, qui est valable pour tout modèle dit de réinternalisation du service public, c'est que le risque d'exploitation est supporté par la personne publique à hauteur de son capital apporté dans la société[1653]. Si le concédant peut dans les conditions susvisées, concéder sans mise en concurrence, il n'est pas exonéré du respect des règles du droit de la concurrence et des aides d'État. La pratique des aides publiques et des C.O.S.P. ne diffère pas ici selon l'entité récipiendaire.

787. Une seconde s'inspire de la théorie des coûts de transaction. Le coût de transaction correspond succinctement à tous les coûts qui sont générés par la réalisation de la « transaction », en l'occurrence soit l'intégration du service (internationalisation) soit l'intégration de l'entité (externalisation mais avec un opérateur *intégré*). Or, dans ces deux

---

[1650] L. n°2014-744, 1er juill. 2014, permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, *J.O.R.F.*, du 2 juillet 2014. P. 10897, texte n°3.

[1651] BRAMERET (S.), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », *J.C.P.A.*, n°49, 2 Décembre 2013, 2347.

[1652] Le contrôle public est assuré, notamment, par la détention du capital entre 34 % et 85 % et *a minima* de 34 % des voix dans les organes délibérants. C.G.C.T., Art. L.1541-1.

[1653] C.G.C.T., Art. L.1611-3-2.

hypothèses, la théorie des coûts de transaction fait remarquer deux phénomènes. D'abord, il y a un accroissement du coût de l'opération car toutes les opérations inhérentes au service public doivent être désormais pleinement réalisées par l'entité publique. Ainsi et au-delà de l'exploitation, ce sont les coûts de gestion administrative, de surveillance et de contrôle des opérateurs qui sont pleinement subis par l'entité réinternalisatrice[1654]. Par ailleurs, il n'est ni systématique ni vérifiable dans la réalité pratique que le contrôle et le suivi sont plus aisés sur les services « propres » de l'autorité publique[1655]. Qu'il s'agisse d'économie mixte ou d'entités à capitaux 100 % publics, nombreuses variables viennent se conjuguer et limiter l'efficience et l'efficacité de ce contrôle théorique. Notamment, la question se pose quant aux modalités de la représentation des collectivités actionnaires. L'assiduité des représentants aux conseils d'administrations peut y être un frein, tout comme les enjeux liés à la répartition des sièges en fonction d'aspérités politiques. Puis, la théorie des coûts de transaction démontre un phénomène contre-performanciel lié à l'intégration du service ou de l'opérateur dédié au service. Ainsi « *l'intégration entraîne en effet une baisse inévitable des incitations pour la firme intégrée, due aux incitations faibles* (…) *à utiliser de manière optimale les actifs* »[1656]. Autrement dit, la réinternalisation ou l'externalisation vers une entité intégrée, peut être l'occasion d'une baisse de dynamisme économique liée intrinsèquement au contrôle plus laxiste sur les services internalisés que sur des services externalisés.

788. Cette présentation générale portant sur des formes partenariales organiques ou conventionnelles entre personnes publiques ou en économie mixte, démontre que l'offre de gestion alternative à la concession classique est foisonnante. Cependant, on les distingue nettement de l'objet de la concession qui est par nature l'externalisation du risque

---

[1654] Ce qui n'est pas le cas lors d'une délégation de service public pour laquelle le délégant a l'opportunité d'introduire une redevance de contrôle et des frais de suivi d'exploitation.

[1655] Dans son rapport sur l'activité de la société Lyon Parc Auto, la Chambre régionale des comptes Auvergne Rhône-Alpes relève par exemple que « *depuis 2014, il n'y a plus qu'un rapport commun à tous les parcs présentant les méthodes et une page de commentaires par parc. Subsistent une synthèse, un compte de résultat et un bilan par parc* ». Ces informations sont insuffisantes au regard de l'obligation d'information du concédant par les rapports annuels ou les comptes rendus techniques et financiers. La juridiction relève encore que « *Lorsque des rapports périodiques (infra-annuels) sont prévus dans la convention, ils ne sont jamais établis* », Rapport d'observations définitives, Société d'économie mixte LYON PARC AUTO (Métropole de Lyon), Exercices 2008 à 2014, p.26-27.

[1656] M'HAND (F.), SAUSSIER (S.), *préc.*

d'exploitation[1657]. Aussi, un recours à une entreprise publique locale, bien qu'en « *in house* », ne simplifie pas pour autant la définition d'un contrat de concession et de son équilibre financier[1658]. Au contraire, l'évaluation préalable doit être plus fastidieuse encore et longuement réfléchie afin d'opérer une réinternalisation efficiente et réussie.

[1657] Le marché public est, dans ce cas, une solution alternative à la concession. Par exemple, les marchés publics globaux ou les marchés de partenariat.

[1658] De manière schématique, la ou les personnes publiques se retrouvent « juges et parties ». D'un côté, elles recherchent une rationalisation de l'équilibre financier au profit d'une gestion au coût le plus juste. D'un autre côté, elles se retrouvent actionnaires dont les attentes sont la recherche de recettes d'exploitation suffisantes pour assurer la pérennité d'une société commerciale pour laquelle ils n'ont, en principe, pas le droit de subir les déficits au-delà de leurs participations.

Conclusion du Chapitre II

789. Le contrat de concession a des solutions adaptées à chaque niveau de déséquilibre économique. Avant que le déséquilibre ne se forme, les parties peuvent l'anticiper et introduire des moyens préventifs d'équilibration économique. La « *flexibilité* »[1659] de la concession permet en ce sens d'imaginer toute forme de cure contractuelle. C'est sur cette base qu'une grande majorité d'avenants est prise. Le déséquilibre peut s'être formé, suite à un évènement imprévu, mais dans une proportion non substantielle et qui permet aux parties de le corriger. Tel est le cas de l'indemnisation pour mutabilité, ou le recours à la sanction du cocontractant si le déséquilibre est né de ses insuffisances. Enfin, lorsque le déséquilibre est irréversible, le contrat doit s'éteindre de manière anticipée, la personne publique est en droit d'imposer la résiliation. En réaction à l'échec, ou à la manifestation de ce déséquilibre, l'autorité publique dispose d'alternatives de gestion. Soit elle accepte le risque d'exploitation et prend à sa charge tout ou partie du service public. Soit elle utilise son expérience de la concession, positive ou négative, pour renégocier un futur contrat. Dans toutes les hypothèses, cela suppose une analyse profonde des éléments de définition de l'équilibre financier et oblige à révéler l'interdépendance créée par les clauses de la concession. Pour y parvenir, il convient que les personnes publiques intègrent la dimension économique du contrat et s'emparent de la rentabilité du service public pour en faire un critère partenarial de rationalisation.

[1659] « *Aussi, le contrat administratif est-il fondé sur une stratégie de flexibilité dans l'exécution des obligations qualifiable de « flexibilité au-delà du contrat ». La flexibilité dans l'exécution « prend appui sur le contrat pour combler ses lacunes ou établir des éléments additionnels relatifs à l'exécution des obligations » »,* VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, citations tirées DEAKIN (S.) et WILKINSON (F.), Coopération, droit des contrats et performances économiques » in *Le droit dans l'action économique*, p. 39.

Conclusion du Titre I

790. Le contrat de concession met en exergue deux exorbitances. La première, organique, tient à la présence de la personne publique et à un panel de prérogatives exceptionnelles, irréductibles et non dérogeables par la convention. La seconde, matérielle, découle de l'objet du contrat, le service public, dont la finalité est de satisfaire l'intérêt général malgré ses sujétions propres, exclues des apsérités du marché.

791. Face à ce déséquilibre en pouvoir, la solution est de parvenir avec divers mécanismes, à un équilibre par l'économie du contrat. L'effort de rétablissement de l'équilibre économique contractuel se poursuit néanmoins dans la limite du déséquilibre. Or, le déséquilibre est une notion à plusieurs dimensions. Il se manifeste lorsque le concessionnaire jouit de plus de droits qu'il ne lui est nécessaire pour mener à bien ses missions. Or, ces droits ont un effet sur la macroéconomie dans laquelle s'insère la concession. Chaque avantage, compensation ou aide au concessionnaire doit être mesuré avec rigueur pour être compatible avec le marché et le droit de la concurrence. L'approche analytique du droit d'exploiter du concessionnaire s'impose tant pour rationaliser l'équilibre économique du contrat, que pour sécuriser ses effets dans la sphère économique.

Titre II - Un équilibre économique à redéfinir

792. Parvenir à l'état d'équilibre économique suppose d'accepter que par nature, l'équilibre est une donnée imparfaite. L'idéal de « l'équilibre » cosmologique, celui d'un équilibre où chaque élément est à sa place et dans sa dimension idéale, est une utopie juridique, espérée et mise à mal par la réalité économique et la pratique des contrats par les personnes publiques. Il est possible d'en proposer une démonstration.

793. Juridiquement, l'équilibre financier n'est jamais autre chose que l'expression économique de la justice contractuelle. Par essence, la justice n'est pas l'égalité, mais l'équité entre les parties. Dans le contrat, c'est même l'équité selon les parties. En cela, l'équilibre économique, appréhendé comme une vérité selon laquelle le volume d'obligations est égal en valeur au volume des droits, est une chimère juridique jamais uniformément vérifiable. En témoignent les difficultés à déterminer la valeur et le contenu de la rémunération du concessionnaire par une notion intelligible et quantifiable : *bénéfice raisonnable*[1660]*, bénéfice normal*[1661], *exploitation normale et rémunératrice*[1662]*, rémunération équitable*[1663], *équivalence honnête*[1664], *juste rémunération*[1665]*,* ou encore récemment le *temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés* (…) *avec un retour sur les capitaux investis*[1666]. Elles révèlent toutes une marge de manœuvre contradictoire avec l'idée de strict équilibre ; mais elles vont toutes dans le sens d'une rentabilité limitée[1667] et d'une volonté de rationaliser par le droit une notion économique.

794. L'équilibre économique est en effet autre chose qu'un principe juridique authentifié comme un incontournable des contrats administratifs. Il est une exigence d'engagement et d'intéressement des opérateurs concernés par la gestion du service public. Les

---

[1660] Jurisprudence *Altmark trans.*, *préc.*

[1661] C.E., 31 oct. 1980, req. n°ˢ 10712 10740 10742, *Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire et Ministre des transports c. Société du port de pêche de Lorient*, *Leb*., p. 399.

[1662] C.E., 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways, préc.*

[1663] C.E., 17 déc. 1997, req. n°181611, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, *Leb.*, p. 451. Le juge parle alors de « *rémunération équitable du concessionnaire* ».

[1664] BLUM (L.), conclusions sous C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie française des tramways*, *Leb.* p. 218.

[1665] COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne, préc.*, p. 767 à 771.

[1666] D. n°86-2016, Art. 6.

[1667] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public* », L.G.D.J., 2015, p. 317 à 328.

soumissionnaires ont un projet simple, celui d'investir ou non dans le service public en fonction de la probabilité de faire *un bon investissement*. Ce bon investissement ne peut passer que par un équilibre qui offre à l'investisseur, dans des conditions normales d'exploitation, l'opportunité de couvrir ses recettes et ses charges d'exploitation-maintenance (« *petit équilibre* »), mais aussi ses charges d'amortissement tout en dégageant un retour sur le capital (« *grand équilibre* »).

795. Il est aujourd'hui souhaitable de dépasser les seules notions juridiques et de prendre pleine conscience de l'architecture de l'économie des contrats de concession et celle du service public. Il faut alors faire un effort de dissociation des concepts et des notions : une activité d'intérêt général n'est pas purement économique. Par exemple, l'activité d'intérêt général peut générer des recettes d'exploitation et être rentable ; le profit, résultat positif de la différence entre les recettes et les coûts n'est ni une « *honte* »[1668] ni un *tabou*[1669], et encore moins antinomique avec la poursuite de l'intérêt général[1670].

796. En acceptant ces préalables, l'équilibre financier gagne en légitimité et en sérennité. Le risque d'exploitation ayant été défini comme le baromètre de l'équilibre des contrats, les notions d'activités économiques, de rentabilité, de profit, s'imposent comme des éléments incontournables dans l'évaluation de l'économie contractuelle et sur l'exécution du contrat. De la sorte, il devient normal, acceptable et même préférable[1671], que l'activité soit rentable et que le profit soit la rémunération du concessionnaire. De cette manière, l'exploitation est seule source de financement du concessionnaire, en lieu et place des divers financements publics (**Chapitre I**). Aussi, l'équilibre économique gagne en sécurité. En effet, hormis

---

[1668] « *The profit, idealised in the United States and traditionally considered as something shameful in France, keeps provoking innumerable and strong reactions, both emotional and rational.* », GISCARD D'ESTAING (O.), *Society and Economics*, 25, 2003, 2, p.153 à 158.

[1669] Pour une étude complète sur ce sujet, v. BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris : L.G.D.J., 2001, 378 p.

[1670] V. BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, L.G.D.J., 2001 ; DE CORAIL (J.-L.), « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », *in Etudes de finances publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Economica, 1984, p.335.

[1671] Notons que le vice-président Jean-Marc SAUVE explique « *la nécessité de valoriser les propriétés des personnes publiques s'est aussi imposée depuis deux à trois décennies, parce que ces biens doivent générer des ressources financières, qu'ils ont des besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement ou qu'ils peuvent servir de support à des activités économiques* », Colloque sur « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques », Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, 6 juillet 2011.

l'occurrence d'évènements exceptionnels et/ou exogènes, les limites de l'équilibre sont fixées et, tout déséquilibre constaté sera le résultat d'une inconventionnalité. Des outils contractuels doivent en ce sens être intégrés, et être employés avec systématisme pour maintenir l'équilibre économique tel que consenti par les parties (**Chapitre II**).

Chapitre I - La légitimité du profit tiré de l'équilibre

797. L'équilibre économique de la concession autorise le concessionnaire à percevoir dans des conditions normales d'exploitation, un supplément financier qui constitue sa rémunération nette ou marge nette bénéficiaire. On s'accorde alors à penser que ce décalage entre l'équilibre à zéro et la rémunération nette du concessionnaire constitue une marge normale et acceptable. En fait, elle ne peut être normale et acceptable que si le résultat financier obtenu correspond aux conditions validées entre les parties, pondéré par les fluctuations inhérentes à la notion de risque. Là est la juste contrepartie du concessionnaire[1672] et là se trouve l'équité financière. C'est dans cette architecture que C. BETTINGER estime que la rémunération équitable[1673] est l'expression vertueuse et légitime du profit de la concession.

798. À ce stade, lier rémunération équitable et profit est anticipé. Faut-il d'abord définir la notion de profit pour la rapprocher et la distinguer de ce qu'est le profit dans les concessions[1674]. Selon une définition commune, le profit est « *l'excédent des recettes d'une entreprise par rapport à l'ensemble des coûts de production et de distribution de ses biens et services. Il est synonyme de bénéfice. Son montant dépend de la nature et de la manière de mesurer les recettes et les coûts* »[1675]. Bien entendu, ce calcul simple du profit ne saurait correspondre à celui recherché par les entreprises. Ces dernières, au demeurant, chercheront toujours à atteindre un profit maximisé, résultat d'un optimum[1676] entre les coûts totaux engendrés par l'activité et les recettes de toutes natures perçues.

799. Aussi, le profit n'est pas un concept aisé à appréhender et les économistes eux-mêmes ont eu quelques difficultés à en cerner le champ d'application[1677]. L. WALRAS par sa théorie générale de l'équilibre[1678] définit le profit comme le résultat d'un déséquilibre entre opérateurs

---

[1672] Art. 6, D. n°2016-86.

[1673] BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, p. 118, *préc.*

[1674] Pour un exemple d'utilisation du terme, voir RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 109 à 120.

[1675] SILEM (A.), GENTIER (A.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 14ème éd., p. 692

[1676] Nota., ZAFIRIS (N.), « The definition of profit and profit optimisation », *Southern Economic Journal (pre-1986)*, Juillet 1975, 42, 1, ProQuest Business Collection, p. 145.

[1677] « (…) *discrepancy between theoretical and more everyday concepts of profit i responsible for considerable confusion among students of economics and finance, and a full reconciliation does not appear forthcoming* », *Ibid.*, p. 1.

[1678] *Éléments d'économie politique pure ou Théorie de la richesse sociale*, 1926, disponible sur gallica.fr.

économiques qui interagissent dans une concurrence parfaite. Cette concurrence parfaite se manifeste dans un environnement d'équilibre général où les opérateurs ne peuvent espérer fixer de meilleurs prix que ceux induits par le marché. C'est l'équilibre entre le coût marginal et le prix de vente. Pour F. KNIGHT[1679], le profit est une composante d'un trinôme complété par l'incertitude et le risque. Selon lui, lorsque les risques supportés par un opérateur économique sont non mesurables, incertains et peu prévisibles, sa prise de décision en faveur d'un investissement doit être récompensée par le profit (*Théorie du risque*). Cette vision est partagée par J. A. SCHUMPETER qui considère le profit « normal » pour l'investissement de l'entrepreneur[1680]. Enfin dans la pensée de K. MARX, le profit est, dans un environnement capitalistique, le résultat positif issu du décalage entre les coûts salariaux et les coûts de production (*Théorie de la valeur travail*)[1681]. Le profit vient enrichir celui qui détient les pouvoirs de production.

800. Il serait sans doute superficiel de se référer aux théories économiques pour comprendre comment fonctionne la recherche du profit dans le contrat de concession. Toutefois, il n'est pas inutile de s'y référer pour comprendre la disparité d'interprétation du terme profit dont on peut synthétiser deux approches : il est un gain, une rémunération de l'opérateur économique ; il est une rente, le reste d'un déséquilibre généré par une situation économique. Ainsi, le profit prend sa source dans l'acceptation consensuelle des conditions financières du contrat de concession et se manifeste par l'équilibre économique (Section 1). Puis, il est le résultat positif de l'exécution de l'équilibre économique, soit le résultat acceptable, conventionnalisé, et qui diffère strictement du résultat excessif, extracontractuel (Section 2).

Section 1 - L'acceptation consensuelle du profit dans l'équilibre économique

801. Pour être acceptable pour les parties à la concession, l'équilibre économique doit satisfaire l'intérêt général et l'intérêt du concessionnaire par le droit d'exploiter. Cette formule est la traduction de l'équilibre par le prisme de l'activité de service public. Mais, cette vision exclut le profit ou du moins le rend implicite. Or, le profit du projet est une

---

[1679] *Risk, Uncertainty and Profit*, 1964.

[1680] « *Ils sont, au sens propre du mot, des entrepreneurs. Et leur gain, le surplus, que n'absorbe aucune contre-partie, est le profit*.», SCHUMPETER (J. A.), *Théorie de l'évolution économique. Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture* (1911), *préc.*, p. 254.

[1681] *Salaires, prix et profits*, Le temps des cerises, 2006, 97 p.

considération réelle, tant dans la définition du besoin de la personne publique, que dans la prise de décision de l'opérateur économique. En ce sens, l'autorité concédante espère un profit social, celui d'une meilleure gestion du service public par le savoir-faire externe, mais aussi un profit financier, car elle l'espère au meilleur coût, avec les tarifs les plus avantageux, voire avec l'espoir de rentabiliser l'activité concédée[1682]. Pour le concessionnaire, le profit est espéré par la valeur finale de l'investissement par rapport à sa valeur initiale. Ainsi, en finance d'entreprise, le concessionnaire espère la rémunération du capital[1683] qu'il a engagé pour l'investissement[1684].

802. Cette finalité, en tant qu'essence même d'une entreprise économique, est étrangère au droit administratif[1685]. Toutefois, elle ne lui est pas inconnue[1686], et le droit administratif doit s'en accommoder à chaque évaluation de projet. Par exemple, c'est en pleine considération de l'intérêt financier et de la rentabilité qu'une collectivité locale peut, ou non, décider de la création d'un service public[1687]. Pour le droit administratif conventionnel, la rentabilité et le profit sont reconnus. D'abord parce que l'évaluation économique d'un projet d'investissement et d'exploitation, service public ou non, oblige l'autorité publique responsable à justifier son choix d'un point de vue technique et financier. Cela est d'autant plus vrai dans les projets de partenariats public-privé où, pour obtenir une comparaison entre les modes de gestion, il doit être démontré que le projet est suffisamment *bancable* pour être externalisé. Enfin, parce que

---

[1682] BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *préc.*, p. 39 à 45.

[1683] La directive 2014/23/UE et le décret n°2016-86 utilisent tous deux, le terme de « *retour sur les capitaux investis* ».

[1684] « *Il paraît en effet de plus en plus difficile de résumer l'échange que constitue le contrat à un simple rapport entre un cocontractant et une Administration mue par le principe de la continuité du service public auquel celui-là devrait tout sacrifier, y compris sa fortune.* », VIDAL (L.), *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147, *préc.*

[1685] Le droit administratif a néanmoins inspiré les règles juridiques applicables aux entreprises en droit privé, CHAMPAUD (C.), « Droit administratif et droit des affaires », *A.J.D.A.*, 1995, p. 82.

[1686] « *Bien évidemment, dans le secteur public, on ne se préoccupe pas de tirer des profits de son activité, mais il faut souvent, quand même, gagner suffisamment d'argent pour payer les investissements nécessaires pour l'amélioration du service, et cela revient à des impératifs identiques. Ce n'est que dans la définition du service (et non dans son exécution) que l'on retrouve une vraie délibération sur l'intérêt général. Et la définition du service requis se produit en réponse aux demandes des intéressés, de manière comparable aux réponses que le secteur privé apporte aux demandes du marché* », BELL (J.), «

[1687] DEFLINE (P.), « La notion de rentabilité financière : où est la frontière entre public et privé ? », *États généraux du Management*, Strasbourg, 2012. V. aussi du même auteur, *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics*, Thèse, 24 mars 2011 CNAM.

l'équilibre financier même de ces contrats est assuré par la rentabilité et le profit, en particulier lorsque cet équilibre est assuré par des recettes accessoires ou incitatives[1688].

803. L'existence d'un profit par le contrat de concession est donc tout sauf une anomalie juridique. Elle est plutôt philosophique. La défiance à l'égard du profit est seulement issue de l'opacité des conditions dans lesquelles ce profit est devenu possible. Cette méconnaissance de la fonction du profit par l'autorité publique (ou par l'usager) pour le « bien » du projet, est due à l'absence de définition concrète de celui-ci dans les clauses du cahier des charges[1689]. Le profit est considéré comme « *caché* »[1690], manœuvre occulte, source de conflits et de tensions, contrevenant à la stabilité des relations contractuelles. En œuvrant pour la transparence du profit et de la rentabilité attendue de l'exploitation du service, l'autorité publique devance de futurs différends et assure l'attractivité financière de son projet. La considération du profit de manière autonome et concise, dans les clauses financières, permet d'identifier le niveau de rémunération nécessaire au concessionnaire pour que la convention soit pérenne.

804. Considérer la concession comme objet économique est une approche normale, même obligatoire pour se rendre compte de la valeur du projet. La convention de concession est par nature destinée à une analyse économique selon laquelle la gestion externalisée n'est viable que par la génération de profits d'exploitation et ce, quel que soit le terme juridique employé[1691] (§1). D'ailleurs, ce réalisme économique doit être étudié pour ses répercussions sur les conditions d'exploitation du service public. Le profit qui en est tiré doit être au

---

[1688] V. *Supra*, Section 1, §1.

[1689] On peut remarquer que parfois le temps n'a pas toujours des effets positifs sur la pratique contractuelle. Si sur bien des points les contrats des personnes publiques ont gagné en modernité, il faut reconnaître que cela ne vaut pas pour l'estimation économique des contrats. Dans sa thèse, Xavier BEZANÇON fait remarquer la complétude dans l'évaluation économique des concessions de chemins de fer. Celles-ci étaient discutées sur leur *bancabilité* par le moyen de subventions, de prêts de l'État, mais encore de garanties d'intérêt calculées en fonction d'un taux de garantie. Par exemple « *le taux de garantie était de 4 %, dont 3 % d'intérêt et 1 % pour l'amortissement des capitaux*. (…) ». Par ailleurs, les concessions prévoyaient des clauses de partage de résultats organisant le partage des bénéfices nets d'exploitation au dessus d'un minimum prédéterminé. De telles clauses demeurent encore aujourd'hui dans certains cahiers des charges (exemple : autoroutes, parcs de stationnement). V. BEZANÇON (X.), Thèse, *préc.*, p. 120 et s.

[1690] RICHER (L.), *La concession en débat*, p. 109.

[1691] T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Leb.*, p. 91, *D.*, 1921.3.1, concl. MATTER (P.) ; *S.*, 1924.3.34, concl. MATTER (P.). ; C.E., Ass., 11 nov. 1956, req. n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Leb.*, p. 434.

bénéfice d'une gestion optimale et efficicente, justifiant le projet de concession et l'action publique (§2).

Paragraphe 1 - La viabilité de l'équilibre économique par le profit

805. L'intérêt général, objet du service public, véhicule certaines valeurs sociales, collectives, qui de prime abord sont le seul moteur de l'action des personnes publiques[1692]. Cet argument, déjà soulevé en amont[1693], écarte invariablement l'aspect économique. Il a été abondamment repris par la doctrine, et résumé de la sorte par le commissaire du gouvernement M. CORNEILLE : « *Dans toute constitution de service public, ce sont les besoins du service public qui doivent l'emporter sur toute autre considération, et notamment sur toute considération d'intérêt financier* (...). *Et l'on ne saurait donc reconnaître le caractère de travaux de service public, de travaux publics, à des travaux entrepris dans un pur intérêt privé* »[1694]. Présenté ainsi, le service public a longtemps été « *antinomique avec la logique économique* »[1695]. Le paradoxe service public/logique économique fait office de fil rouge du droit administratif, bien que tous deux coexistent solidairement à travers la notion de service public industriel et commercial depuis près de cent ans[1696]. Les hésitations du Conseil d'État illustrent cela car bien qu'ayant assimilé l'intérêt financier à l'intérêt général dans sa décision *Société Unipain*[1697], il s'est refusé à reconnaitre quinze années plus tard, qu'un « *conseil municipal* (agisse) *exclusivement dans un intérêt financier ou pour obtenir la rémunération d'un service rendu* »[1698].

[1692] Pour une synthèse de cette pensée, CHEVALLIER (J.), *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, *in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 2, P.U.F., 1979.

[1693] V. *Supra*, Première Partie, Titre I, Chapitre I, Section I.

[1694] Conclusions de CORNEILLE (M.) sur l'arrêt du Conseil d'État, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. Ville de Paris*, *S.*1916.3.41 ; *R.D.P.* 1916, p. 374 note HAURIOU (M.).

[1695] RITLENG (D.), « Financement du service public et aides d'État », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1011.

[1696] « (…) *la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* », T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Leb.*, p. 91, *D.*, 1921.3.1, concl. MATTER (P.) ; *S.*, 1924.3.34, concl. MATTER (P.).

[1697] « *Que l'extension des fournitures de pain par la boulangerie militaire à des établissements pénitentiaires, motivée par des raisons d'économie, est conforme à l'intérêt général* », C.E., 29 avril 1970, req. n°77935, *Société Unipain*, *Leb.*, p. 280.

[1698] C.E., 10 mai 1985, req. n°31604, *Société anonyme Boussa Saint-Frères*, *préc.*

806. C'est alors le besoin croissant de ressources pour financer l'action publique[1699] qui a permis d'opérer un revirement d'appréciation quant à l'économie des activités d'intérêt général[1700]. L'objectivité du droit européen n'a fait qu'accélérer le processus en avançant la notion d'activité économique comme base commune des activités d'intérêt général et de celles qui n'en relèvent pas[1701]. Ainsi décloisonnée, l'activité d'intérêt général[1702] peut être dans un « *environnement économique* »[1703] et génératrice de revenus[1704] ; la recherche de ressources financières n'est plus détachable de la viabilité des services publics[1705]. On remarque que c'est préférentiellement un cercle vertueux de financement qui est espéré. Telle est la fonction du financement croisé et autonome des sujétions d'intérêt général par les profits[1706] de l'activité (A). En conséquence, en limitant le recours aux budgets locaux et *in fine* aux prélèvements obligatoires, l'activité rentable permet de justifier positivement l'action publique (B). L'équilibre économique de la concession en est une expression à part entière.

[1699] Notons que le vice-président Jean-Marc SAUVE explique « *la nécessité de valoriser les propriétés des personnes publiques s'est aussi imposée depuis deux à trois décennies, parce que ces biens doivent générer des ressources financières, qu'ils ont des besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement ou qu'ils peuvent servir de support à des activités économiques* », Colloque sur « La valorisation économique des propriétés des personnes publiques », Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, 6 juillet 2011.

[1700] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, p. 256 et s.

[1701] C.J.C.E., 23 avril 1991, affaire C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, *préc.*

[1702] À cet égard, D. TRUCHET a eu l'occasion de condamner l'approche par trop administrativiste des services publics qui les excluerait du champ de la concurrence. Pour cause, il s'agirait d'« *une conviction collective très profondément enracinée en France, alors même que les faits l'ont amplement démentie* », *A.J.D.A.*, 1997, n° H.S., p. 38.

[1703] Le professeur BRACONNIER fait remarquer que « *les services de puissance publique se caractérisent par le fait qu'ils sont soustraits, de fait ou virtuellement, à une logique de marché. Les services économiques, au contraire, du fait de leur impact économique, réel ou virtuel, répondent, dans une certaine mesure, aux logiques et contraintes du marché.* », BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, *préc.,* p. 244.

[1704] L'idée d'un service public à dimension économique est née dès la dichotomie SPA/SPIC établie. Là aussi depuis longtemps, la doctrine et le droit ont pris en compte la faillibilité de cette distinction puisque des SPA peuvent faire naître de réels bénéfices et des SPIC majoritairement des pertes. Le professeur BRACONNIER relève que « *la rentabilité de l'activité général ne peut (donc), à elle seule, caractériser le service public industriel et commercial* », BRACONNIER (S.), *Droit des services publics*, Paris : PUF, coll. « Thémis Droit », 2ème éd., 2007*,* p. 202.

[1705] C.J.C.E., 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco SpA* c. *Poste Italiane SpA*, *préc.*, point 54.

[1706] BAHOUGNE (L.), *préc.*, p. 268.

A. Le financement du service public par le profit

807. En déplaçant le curseur du financement vers le concessionnaire, la personne publique se libère des risques afférents à chaque mode de financement public[1707], tout comme elle se libère du poids de l'exploitation – et non de la responsabilité – des obligations de service public. Mais, pour s'assurer que l'activité de service public se maintienne dans le temps, pour qu'elle soit continue et ininterrompue, il lui revient de définir un cahier des charges qui autorise la génération de profits. L'activité de service public doit être rentable pour que la concession soit viable (1). Elle doit l'être d'autant plus, que le service public impose des sujétions sociales fortes (2).

1. Rentabilité et continuité du service

808. L'équilibre économique est ici une simulation financière conventionnelle selon laquelle les ressources seront suffisantes sur la durée du contrat pour satisfaire les besoins d'intérêt général et ceux du concessionnaire[1708]. Le seuil de rentabilité de la concession est ainsi atteint et de valeur nulle, lorsque les coûts fixes du concessionnaire sont couverts par son chiffre d'affaires[1709]. Le supplément constitue son profit, sa rémunération. Dans cette hypothèse, la continuité du service public ne souffre d'aucun maux.

809. En voici deux exemples anciens. Le premier, l'arrêt *Sieurs Planche et Société des autocars et messageries Planche et Compagnie*[1710], fait un lien implicite entre rentabilité et continuité du service. La régie des voies ferrées du département du Rhône avait remplacé pour partie, le transport ferroviaire par le transport routier. Ici, la mutabilité du service ne s'imposait pas suite à une évolution technologique, mais par la recherche de rentabilité. En effet, la ligne ferroviaire déficitaire[1711], n'étant « *plus en mesure de satisfaire les besoins du public* », il devenait nécessaire de lui substituer une solution de transport moins coûteuse, et

---

[1707] Risque politique (pression fiscale), risque de réduction ou d'épuisement (subventions, péréquation), risque d'exploitation (redevance), risque liée à l'endettement (emprunt).

[1708] V. concl. GENTOT (M.), C.E., 1971, *S.I.M.A.*, *préc.*

[1709] CLERC (D.), PIRIOU (J.-P.), *Lexique de sciences économiques et sociales*, 9ème éd., 2012, point 1477.

[1710] C.E., 23 juin 1933, *Planche*, *Leb.*, p. 682 ; *S.* 1933.3, p.81.

[1711] BERNARD (S.), *préc.*, p. 314 à 315.

au champ plus étendu. Le service public, ainsi plus rentable, devenait viable et pouvait être maintenu[1712].

810. Le second, lui est beaucoup plus explicite. Le juge reconnait à l'occasion de l'arrêt *Lavabre*[1713], les vertus de la rentabilité d'un service public. Dans cette affaire, a été jugée légale la délibération du conseil municipal de Millau ayant refusé de fermer la boucherie municipale, alors même que l'initiative privée ne faisait plus défaut[1714]. En l'occurrence, la rentabilité de la boucherie a servi de justification de l'intérêt public local. Elle favorise la distribution continue des denrées à des prix accessibles, tout en permettant à la collectivité d'opérer un retour sur investissement des capitaux investis deux ans plus tôt[1715].

811. Le lien entre rentabilité et continuité du service public s'est même renforcé. Ainsi, le juge des référés a considéré qu'était une mesure urgente la résiliation pour intérêt général d'une concession de remontées mécaniques, dès lors que le caractère déficitaire du service menaçait la continuité du service[1716]. *A contrario*, l'objectif de rentabilité du concessionnaire devra toujours s'effacer au profit de la continuité du service public, y compris si les créances que celui-ci détient sur les usagers ne sont pas recouvrées[1717].

[1712] Dans un rapport d'observation de la Chambre régionale des comptes du Nord-Pas-De-Calais, Picardie, il est soulevé une problématique identique pour le service de transport du Douaisis où « *la rentabilité de la ligne ne correspondrait plus aux objectifs affichés à l'origine et ayant justifié le recours à cette technologie innovante, à savoir une vitesse commerciale plus élevée que pour les bus classiques* », Rapport d'observations définitives relatif au Syndicat mixte des transports du Douaisis, 9 sept. 2013, ROD.0578, p.56.

[1713] C.E., 23 juin 1933, *Lavabre*, *Leb.*, p. 677 ; *S.*1933-3, p. 86.

[1714] V. C.E., 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Leb.*, p. 583, *préc.*

[1715] Pour le professeur F. LINDITCH, les arrêts de 1933, « *se fondent sur la seule considération de ce que les investissements nécessités par la mise en place des services en question n'avaient pu être rentabilisés* », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100.

[1716] C.E., 24 févr. 1982, req. n°31581, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment*, *Leb.,* p. 87.

[1717] « *qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence ; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière ; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau ; que le législateur, en garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* », Cons. const., 29 mai 2015, déc. n° 2015-470 QPC*, Dr. adm.* , n°7, Juillet 2015, alerte 70, veille NOGUELLOU (R.).

812. Le droit européen est sur ce point en parfait accord avec le droit interne. La décision *Paul Corbeau* en est un témoin fondateur. La Cour de justice des communautés européennes y précise que la poursuite des principes induits par un service d'intérêt économique général doit être assurée « *sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* »[1718]. En acceptant le lien entre rentabilité et activité d'intérêt général, le droit européen[1719] reconnait que d'abord, l'activité d'intérêt général peut générer des recettes et celles-ci doivent permettre de financer prioritairement les obligations de service public ; puis, que le gestionnaire dudit service, ne doit pas être privé de sa finalité, celle de se rémunérer, d'où l'octroi éventuel de droits exclusifs, de compensations, pour qu'il dégage « *un bénéfice raisonnable* »[1720].

2. Rentabilité et cohésion sociale

813. La conciliation de la rentabilité avec les obligations de service public est ancienne. On en retrouve des développements dans les travaux de la conférence européenne des ministres des transports de 1977. Dans ce rapport sur la situation générale des chemins de fer, on relève que « *s'il importe d'adapter la contribution des chemins de fer aux besoins de l'économie, sur le plan de leur organisation, de leur efficacité et de leur rentabilité, il convient également de tenir compte, dans la politique des transports, des éléments qui concernent l'énergie, l'aménagement du territoire, l'environnement, le progrès social et d'une manière générale, la qualité de vie* »[1721].

814. À la différence d'une activité « *de plus grand profit* », le service public est une activité d'intérêt général organisée selon des principes sociaux au bénéfice des usagers. La principale conséquence est l'augmentation exceptionnelle des charges du gestionnaire par rapport à une activité dite classique[1722]. Bien que le droit des aides d'État autorise le recours à la compensation d'obligations de service public, la rentabilité de l'exploitation est la méthode à privilégier. Par la péréquation qu'elle suggère, la rentabilité constitue la source

---

[1718] C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *préc.*, point 15.

[1719] V. nota., VOISSET (M.), « Le service public autrement », *R.F.D.A.*, 1995, p. 304.

[1720] *Atlmark trans.*, *préc.*

[1721] Résolution du Conseil de l'Europe, Comité des ministres [CM(77)37], CEMT, 1978, p. 8.

[1722] « *Les obligations de service public que constituent les obligations d'universalité, de continuité et d'égalité ne peuvent, en effet, bien souvent être assumées par les forces du marché, dans la mesure où leur prise en charge s'avère non rentable* », RITLENG (D.), « Financement du service public et aides d'État », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1011.

d'autofinancement du concessionnaire[1723] et favorise le financement des branches non rentables de l'activité par celles qui le sont[1724]. Il s'agit là d'un financement croisé ou encore de « *subventions croisées inversées* »[1725]. La rentabilité de l'activité suffit ainsi pour déterminer, en fonction de la durée, l'équilibre économique de la convention.

815. En théorie, la rentabilité de l'exploitation constituée par des tarifs adaptés, dans des conditions normales et une durée suffisante, autoriserait le concédant à réaliser sa politique sociale avec l'assurance que celle-ci soit entièrement acceptée par le concessionnaire, sans compensations financières. En pratique, la rentabilité est souvent immanente aux obligations de service public. Le principe d'égalité en est un premier exemple. La jurisprudence *Denoyez et Chorques*[1726] permet la modulation de l'égalité tarifaire entre usagers, ce qui ne signifie pas nécessairement un tarif plus avantageux pour ces derniers. La fixation d'un tarif plus élevé peut être justifiée par l'obligation de rentabilité du service. Sa mise en place ne rompt pas avec le principe d'égalité. Par exemple, dans une affaire *Association Narbonne Libertés 89*, le juge considère que la hausse du tarif différencié pour les usagers de Narbonne plage est « *justifiée par le coût de l'extension du réseau de distribution de l'eau à cette partie de la commune et par les conditions de son exploitation* »[1727]. De même, une commune est fondée à introduire une surtaxe de service public dans une zone touristique « *eu égard aux conditions d'exploitation et de l'importance des investissements à amortir* »[1728] dans le cadre d'un affermage. Ou encore, la décision du Conseil constitutionnel du 24 mai 2017a récemment confirmé la constitutionnalité de l'article L.321-11 du code de l'environnement sur la question des droits de passage dû par les passagers de chaque véhicule terrestre à moteur empruntant un ouvrage d'art reliant le contient et l'île. Ainsi, le législateur n'avait pas porté d'atteinte disproportionnée ni à la liberté d'aller et venir ni au principe d'égalité devant les charges publiques, en permettant la fixation de tarifs différenciés ou la gratuité, tant au

---

[1723] « *La rentabilité financière nette est égale à la capacité d'autofinancement nette* », définition INSEE, source : https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c2058.

[1724] V. *supra*, C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, *préc.*

[1725] KARPENSCHIF (M.), « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *C.J.E.G.*, 2006, n°628, p. 43, numéro spécial n°49.

[1726] C.E., 10 mai 1974, *Leb.* , p. 274 ; C.E., 29 déc. 1997, *Commune de Genevilliers*, *Leb.*, p. 499.

[1727] C.E., 26 juill. 1996, req. n°130363 et 130450, *Association Narbonne Libertés 89 et Monsieur Roger X.*, Rép. min., *J.O.R.F.*, du 29 mars 2011, p.3097.

[1728] C.E., 8 avril 1998, req. n°127205, *Association pour la promotion et le rayonnement des Orres, Leb. tables*, Rép. min., *J.O.R.F.*, du 29 mars 2011, p.3097.

bénéfice des usagers du service de liaison maritime vers l'île d'Oléron ayant leur domicile sur le continent, qu'aux « usagers accomplissant une mission de service public » afin que ces tarifs ne conduisent pas à « *entraver l'exercice d'une telle mission* »[1729].

816. La mutabilité est aussi une sujétion qui s'apprécie par la rentabilité. Si un service rentable devrait être en mesure d'absorber les surcoûts liés à l'évolution du service, un service non rentable est moins aisément évolutif et ce, malgré une nécessité pour sa survie financière[1730]. Le concours financier de la personne publique redevient alors indispensable, et se justifie par la nécessité de préserver l'exploitation, l'exploitant, et les usagers du service public[1731].

B. La justification de l'action publique

817. Si les aspects économiques de l'activité d'intérêt général sont reconnus[1732], alors rien ne s'oppose à ce que la rentabilité et le profit qui en découlent, justifient l'action publique. En ce sens, il a pu être reconnu « *expressément que l'organisation d'un service public puisse être commandée par la recherche d'un moindre coût de fonctionnement* »[1733]. Entendue par là, l'organisation du service public peut être conçue comme une activité rentable[1734]. La

---

[1729] Cons. constit., 24 mai 2017, n°2017-631 QPC, *Association pour la gratuité du pont de l'île d'Oléron*, *J.OR.F.* n°0123 du 25 mai 2017, texte n° 65.

[1730] V. *Supra*. C.E., 24 févr. 1982, req. n°31581, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment*, *Leb.,* p. 87.

[1731]La question de la rentabilité est pourtant exclue lorsque le juge fait référence à la théorie de l'imprévision pour accorder l'indemnisation de biens réalisés suite à une nouvelle norme technique, alors même que le contrat support a été résilié pour durée excessive, C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, *préc.*

[1732] Que l'on retrouve d'abord implicitement puis expressément, dans la reconnaissance des effets économiques que peuvent avoir les actes administratifs, C.E., 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, *préc.*

[1733] LAVIALLE (C.), « Responsabilité de la puissance publique - Responsabilité sans faute. État législateur. L. n. 84-575,9 juill. 1984. Conséquences sur les revenus des enquêteurs assermentés de la sécurité sociale. Loi d'intérêt général (oui). Responsabilité sans faute de l'État. Exclusion (oui) », *J.C.P.E.*, 20 novembre 1991, n°47.

[1734] DEFLINE (P.), *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics*, Thèse, p. 124 ; BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de Droit public », t. 218, 2001 ; DE CORAIL (J.-L.), « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », *in Etudes de finances publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Paris : Economica, 1984, p.335 ; BERNARD (S.), *préc.*, p. 253.

conception du service public selon HAURIOU a aujourd'hui vécu[1735] ; la rentabilité est un justificatif commun aux interventions publique et privée. Elle justifie l'action publique parce qu'elle signifie que le service est rationnel et performant (1). Elle justifie le recours au concessionnaire, parce que la rentabilité limite les flux issus des budgets publics (2).

1. La justification du service public

818. La justification des services publics par un objectif de rentabilité n'est pas prohibée mais encadrée par une institutionnalisation progressive d'outils de contrôle législatifs ou jurisprudentiels. Ainsi, bien que la rentabilité ne soit jamais le justificatif exprès d'une décision de conseil délibérant portant création ou dévolution d'un service public, il demeure inévitablement un objectif sous-jacent non déconnectable[1736]. Par exemple, dans sa décision *Compagnie de tramways de Cherbourg*, la situation d'imprévision devenue une situation définitive de force majeure, éteint l'équilibre économique même corrigé par l'indemnité temporaire d'imprévision. L'action publique ne se justifie plus au-delà d'un certain déséquilibre économique. L'action publique est donc liée à la rentabilité de l'activité[1737]. En outre, cela vaut pour les activités de service public concédées car « *le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable* »[1738].

819. La rentabilité des politiques publiques impliquant des services publics ou des équipements publics trouve par ailleurs une justification au niveau budgétaire. La loi organique relative aux lois de finances apprécie la rentabilité des politiques publiques par le

---

[1735] HAURIOU expliquait alors que le service public « *implique une limite à leur extension, (…) s'ils sont pour créer de l'ordre et de l'utilité publics, ils ne sont pas pour créer de la richesse économique, parce que la richesse économique n'est pas un besoin public, mais au contraire un besoin privé* », *Précis de droit administratif et de droit public*, 2002, p. 66.

[1736] L'article 53 du code des marchés publics antérieur à la réforme des marchés par l'ordonnance n°2015-899, précisait que « *pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde* (…), *soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant* (…).

[1737] « *Le nécessaire renouveau du service public suppose que l'on en refonde la légitimité. Cette dernière ne peut plus résider dans la seule invocation de l'intérêt général ; il faut encore démontrer que le service public satisfait cet intérêt général mieux que l'initiative privée, à conditions économiques comparables.* », **TRUCHET** (D.), *A.J.D.A.* 1997, *préc.*

[1738] C.E., 9 déc. 1932, req. n°89655, *préc.*

degré de performance et par une logique de résultat. Bien qu'A. LAMBERT ET D. MIGAUD aient précisé que pour les entreprises « *le résultat est une marge, l'indicateur est la rentabilité.* (…) *Pour l'État, il ne peut en être ainsi : aucun de ses objectifs ne peut se traduire en termes de marge ou de rentabilité*. »[1739], les instruments de mesure de l'efficience des politiques publiques font de la rentabilité un vecteur d'efficience. Par exemple, un rapport d'information destiné au Sénat critique la mission « Transports » et le programme « Transports terrestres et maritimes » où « *les indicateurs retenus, du moins à ce stade, ne rendent pas suffisamment compte de la rentabilité des investissements réalisés par l'Etat et démontrent insuffisamment si l'argent public est dépensé de façon optimale* »[1740]. En témoigne aussi, la pratique du contrôle de gestion. Tout responsable de programme incluant un « centre d'investissement », doit définir une performance « *mesurée par des indicateurs financiers tels que la rentabilité des investissements et le bénéfice résiduel* »[1741].À l'échelon local, le constat est identique[1742].

820. Dans le même sens, un rapport du CREDOC souligne que « *dans le secteur privé, l'objectif de rentabilité économique est inhérent à un projet d'entreprise qui doit s'autofinancer pour s'inscrire dans la durée. Il est au cœur des attentes des actionnaires lorsque le capital des entreprises est ouvert. Dans le secteur public, le soutien financier de l'Etat et des collectivités fait passer au second plan l'objectif de rentabilité économique : la finalité principale recherchée est la satisfaction de l'intérêt général correspondant à la responsabilité d'un service public face au gouvernement et aux citoyens. Aujourd'hui, la*

[1739] « La loi organique relative aux Lois de finances (LOLF) : levier de la réforme, *R.F.A.P.*, 2006/1, n°117, p. 11 à 14.

[1740] Le rapport continu en précisant que « *votre commission des finances escompte donc qu'une plus grande place soit donnée aux indicateurs d'efficience lors de l'élaboration des PAP qui seront joints au projet de loi de finances pour 2006* », Rapport d'information n°220 (2004-2005) de M. Jean ARTHUIS, Commission des finances, 2 mars 2005, p.16.

[1741] Guide « *Le contrôle de gestion dans les administrations de l'État – Éléments de méthodologie*, Délégation interministérielle à la réforme de l'État, 2002, réédition 2003, Fiche 7, p. 76.

[1742] Dans un rapport d'observations, la Chambre régionale des comptes de Nord-Pas-de-Calais, Picardie, relève que le syndicat mixte des Transports du Douaisis ne s'était pas doté d'outils de pilotage de la performance du service public suffisants. Il y est inscrit que « Le SMTD ne s'est pas doté d'outils de statistiques commerciales « *pour évaluer la fréquentation et la rentabilité de chaque ligne, prévoir l'évolution des besoins de transport et adapter l'offre en conséquence* », Rapport d'observations définitives, n°0578, du 9 sept. 2013.

distance entre les deux secteurs n'est cependant plus aussi marquée que par le passé (…) »[1743].

821. Par ailleurs, la notion de rentabilité du service public tend à se confondre avec la notion d'optimalité du service public[1744] qui, elle-même, suit une logique de valorisation du patrimoine public. En ce sens, « *on estime que l'État* (au sens large) *doit veiller à ne pas gaspiller de ressources productives en les allouant inefficacement. En conséquence, aux fins de maximiser son bien-être, toute communauté doit tirer le meilleur parti des ressources dont elle dispose à un moment donné, c'est-à-dire qu'elle doit veiller à les utiliser de manière optimale* ». La collectivité face au service public est obligée de raisonner en deux temps. Le premier est de trouver une justification d'intérêt général pour son intervention (phase de création d'un service public). Le second est de justifier la meilleure utilisation des deniers publics ou, tout du moins, la meilleure valorisation de ceux-ci (phase du choix entre différents services publics et mode de gestion)[1745].

2. La justification d'une concession à un tiers

822. La justification de la rentabilité accordée par l'équilibre économique au bénéfice des cocontractants de l'administration trouve son premier fondement dans l'activité elle-même[1746]. Les services publics concédés ayant *a minima* le caractère économique et au surplus le caractère industriel et commercial, se destinent à satisfaire une activité normalement présente dans la sphère privée mais insuffisamment ou mal exploitée sur le territoire de la personne publique[1747]. Ainsi, la pregnance d'intérêt général n'ôte pas les caractéristiques économique et concurrentielle de l'activité de service public[1748]. Bien que prise en charge par la personne publique, l'activité demeure source d'une rentabilité et génératrice de revenus et de profits.

[1743] CREDOC, *Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents ?*, Cahier de Recherche, n°299, Décembre 2012, p. 9.

[1744] V. TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *préc.*, point 410 et p. 653 et s.

[1745] DEFLINE (P.), « *La notion de rentabilité financière : où est la frontière entre public et privé ?* », États généraux du Management, Strasbourg, 2012, *préc.*

[1746] V. *Supra*, Première Partie, Titre I, Chapitre I.

[1747] C.E., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *préc.* ; C.E., Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, *préc.*.

[1748] V. à ce sujet, MALVASIO (F.), *Les catégories du droit administratif économique et du service public*, *in* AUBY (J.-B.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 739 à 776.

823. Dans la mesure où l'activité est concédée, elle retrouve sa place originelle qui est la sphère privée[1749]. Seules les obligations de service public se distinguent de l'activité classique des opérateurs économiques. Aussi, en choisissant le recours à l'externalisation du service public, l'intérêt des opérateurs soumissionnaires doit être stimulé. La bancabilité est la condition préalable du recours au partenariat public-privé. Pour estimer cette bancabilité, il convient irrémédiablement de se conférer à la rentabilité de l'exploitation sur la durée du projet[1750]. Cette rentabilité dépend alors des conditions financières de la convention qui transcrivent une prime de risque[1751] plus ou moins élevée en fonction du risque supporté et en fonction de la rentabilité interne du projet. En règle générale, la prime de risque est faible voire nulle lorsque le service est peu risqué (exemple : risque de fréquentation sur clientèle captive). *A contrario*, lorsque le risque transféré expose le concessionnaire à des sujétions incomparables à la sphère privée, volatiles, et sans dispositifs qui en limitent les effets, alors la prime de risque doit être importante[1752].

824. Aussi, la rentabilité et le profit ne sont pas « innés » et naissent de la création de valeur réalisée par le concessionnaire[1753]. En effet, le recours à l'externalisation signifie en général que le coût de réalisation subi directement par la personne publique est supérieur à celui de la concession. Le concessionnaire représente alors ici un bloc de compétences et de savoir-faire mis à disposition du pouvoir adjudicateur[1754]. Le recours à ce savoir-faire donne lieu à une

---

[1749] BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, *préc.*, p. 43.

[1750] « *Dans une économie de marché, les entreprises ont comme objectif la maximisation du profit. Si elles parviennent à atteindre cet objectif, ceci dénote une bonne gestion de l'organisation. Mais elles doivent également s'efforcer de maintenir un niveau de profit suffisamment élevé dans le long terme pour ne pas disparaître. (...) Autrement dit, l'entreprise ne doit pas seulement avoir comme objectif la maximisation du profit à court terme. Elle doit aussi adopter une attitude de bonne gouvernance* », VERNE (J.-F.), « Le partage équitable de la valeur ajoutée: un facteur de bonne gouvernance pour l'entreprise », *La Revue des Sciences de Gestion : Direction et Gestion,* 41.219, Mai/Juin 2006, p. 143 à 150.

[1751] « *Le concessionnaire assume un risque économique et c'est ce qui justifie qu'il réalise un profit* », RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 109.

[1752] « *On ne répétera jamais assez qu'un surcroît de rentabilité n'est possible qu'au prix d'un surcroît de risque* », QUIRY (P.), LE FUR (Y.), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise 2017*, 15ème édition, 2017, p. VIII.

[1753] TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *préc.*, p. 641 à 650. Et, il supporte seul le risque d'échec qui fait suite à ses manquements ou ses insuffisances.

[1754] « (…) *les surcoûts financiers d'un investissement financé par un opérateur privé sont compensés par la capacité de ce dernier à trouver des solutions techniques lui permettant de réaliser et surtout d'entretenir l'équipement à des coûts inférieurs à ceux qui seraient mis en oeuvre par une collectivité territoriale* », HUET (G.), « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », *J.C.P.A.*, n°16, 18 avr. 2011, 2147, p. 19.

contrepartie financière[1755], celle de récupérer les fruits de la réussite de l'exploitation (risque de recettes).

825. Enfin, la rentabilité de la concession est une méthode de financement à privilégier pour assurer l'attractivité du projet. Elle illustre une capacité économique *naturelle* du contrat pour satisfaire ce financement et les conditions de celui-ci. Elle permet de se substituer à des mécanismes fort complexes qui diluent les actifs de la concession et les rendent difficilement retraçable par le concédant voire même le concessionnaire, et fragilise par conséquent le service public. Tel est le cas, par exemple de la *titrisation* d'actifs concédés en obligations[1756]. En principe, un investisseur peut par titrisation d'une créance à moyen ou long terme, la transformer en une source de liquidités immédiates. Ainsi, elle favorise la participation d'investisseurs qui se voient rassurés par du « *cash* » disponible. Cette méthode est transposable aux concessions ; toutefois elle n'est pas nécessairement adaptée. D'abord, elle est soumise à l'autorisation préalable de l'autorité concédante sur la même base que les cessions de créance. De la sorte, toutes les garanties relatives à la continuité du service public doivent être apportées par l'entité qui « véhicule » les titres cédés. Ensuite, le mécanisme de la titrisation augmente nécessairement le coût de financement par l'apparition d'un intermédiaire supplémentaire à rémunérer. Cette mécanique dans les concessions, fait que le surcoût est reporté sur les tarifs payés par les usagers. Enfin, la titrisation n'est adaptée que pour des projets ayant atteint une taille « critique »[1757] pour fait l'objet d'une notation.

826. En définitive, la rentabilité tirée de l'équilibre économique est un indicateur qui mesure la performance et la légitimité du projet. Cette efficience des coûts du partenariat entre concédant et concessionnaire doit faire l'objet d'une validation sur la base de l'équilibre économique préalablement évalué selon des méthodes financières. En ce sens, le profit généré par la rentabilité du contrat servira autant d'outil favorable à sa *bancabilité* qu'un outil

---

[1755] « *Rappelons à cet égard que la connaissance générale peut s'échanger avec peu ou pas de coût, alors que la connaissance spécifique est coûteuse à transférer. En face de fournisseurs, dotés de cette compétence, on trouve des collectivités publiques, souvent de faible taille, comme beaucoup de communes peu fortunées et n'ayant d'autre alternativeque de s'appuyer sur des compétences extérieures* », LYONNET DU MOUTIER (M.), *préc.*

[1756] C.M.F., Art. L.214-169.

[1757] BRACONNIER (S.), « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *R.D.I.*, 2015, p. 8.

favorable à son contrôle. Le recours à une évaluation préalable, fondée sur les méthodes de la *Value for money*, devrait être systématisé avant tout recours au modèle concessif.

Paragraphe 2 - L'équilibre économique validé par le profit

827. Pour que le profit tiré de la concession soit légitime, il doit être validé par l'équilibre économique. Mais, pour que cette validation soit, l'autorité concédante doit être armée en fonction des aspérités de son concessionnaire. En d'autres termes, il convient de s'intéresser et de comprendre les outils financiers d'entreprise et de management de projet pour une approche économique globale de la convention[1758]. Les notions de *profitabilité*, *valeur actuelle nette, taux de retour sur investissement* ou autre *rentabilité interne* doivent, à défaut d'être maitrisées, être entendables[1759] et reconnues par les personnes publiques responsables de projets de partenariat public-privé[1760]. En fait, plus qu'un conseil, la connaissance des notions techniques et financières s'impose par le droit. Le législateur en a accéléré l'usage par une intégration progressive de données financières pour configurer le contrat. Désormais, en sus de la notion de risque, de chiffre d'affaires ou d'amortissement, les autorités publiques ont à s'approprier les notions de *seuil de rentabilité*, *de retour sur investissement*, *de retour sur capital investis* ou encore *de taux de rendement interne*[1761].

828. La pédagogie est obligatoire pour que la question du profit soit abordée de manière apaisée. Sans régler parfaitement le phénomène de l'asymétrie d'informations, elle est un début dans la reconnaissance des dérives que la notion de profit soulève. Par cette voie, il est possible de faire coincïder les objectifs de performance et de qualité du concédant avec les

---

[1758] Bien gré mal gré, le juge administratif a imparfaitement introduit cette approche avec la notion « *d'amortissement économique* », C.E., 11 août 2009, *Société Maison Comba*, *préc.*

[1759] « *Les ratios classiques d'appréciation de la solidité financière d'un projet sont susceptibles d'être mobilisés dans ce cadre, par exemple, le rapport dette sur fonds propres, le ratio recouvrement de la dette par les revenus du projet* (…) *calculé pour chaque année du projet, ainsi que le ratio actuariel de couverture de la dette, pouvant être affiné en calculant la valeur actuelle nette sur la durée de vie de la dette* (…)*. Du point de vue de la personne publique, l'utilisation de tels ratios financiers n'a pas pour but de déterminer la structure optimale de financement, mais d'évaluer la faisabilité d'un montage en partenariat public-privé* », MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.), *préc.*, p. 357.

[1760] DEFLINE (P.), « La notion de rentabilité financière : où est la frontière entre public et privé ? », *États généraux du Management*, Strasbourg, 2012. L'auteur révèle, sur un échantillon restreint de responsables financiers de collectivités locales, que seuls 27 % d'entre eux ont, par exemple, une connaissance réelle bien qu'inexacte, de notions financière telles que la rentabilité d'un projet.

[1761] COM (2012/C 8/02), *préc.*, § 61.

objectifs de viabilité et de rentabilité de l'investissement du concessionnaire. Pour y parvenir, il faut suggérer que personne publique et opérateurs économique parlent un même langage[1762]. Cela commence par une définition des instruments financiers généralement utilisés pour évaluer la valeur économique des projets d'investissement (A), et qui favorisent l'appréhension du niveau de rendement de l'exploitation (B).

A. L'évaluation de la valeur de la concession

829. L'évaluation de la valeur de la concession est un détour obligatoire pour justifier du recours à l'externalisation. Ce détour n'est pourtant pas prévu par les dispositions légales, hormis celles relatives à la définition du « chiffre d'affaires » de la concession[1763]. Cette seule estimation est insuffisante pour déterminer la « valeur » sur le marché d'un contrat de concession notamment concernant son attractivité économique pour des investisseurs exploitants. C'est l'évaluation de l'investissement et de son potentiel de rentabilité.

830. Ici, la finalité de ce qui est appelé « évaluation de la valeur de la concession », est de parvenir à établir après une synthèse objective des modes de gestion[1764], que le recours à la concession est le mode le plus efficient et efficace pour l'opération de service public[1765]. Cette évaluation repose sur la seule volonté des personnes publiques mais vérifie un réel besoin de définition des projets. Il faut toutefois soulever le paradoxe de ce besoin non consacré par la norme, alors que la concession est le contrat le plus externalisant au sein de la commande publique. Cela est d'autant plus étonnant qu'une évaluation préalable de nature économique est obligatoire lorsqu'il est fait recours au marché de partenariat. L'évaluation préalable de la concession est, elle, limitée à la seule construction d'un prévisionnel d'exploitation estimé suffisant pour remplir l'obligation de mise en concurrence[1766].

[1762] V. COSSALTER (P.), Thèse, *préc.*, p. 554 et s.

[1763] *Supra.*

[1764] L'évaluation doit être « *un élément clé de l'arbitrage conduisant la personne publique à choisir ou à rejeter la solution du contrat* (…) », MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.), *préc.*, p. 364.

[1765] « *Tout acheteur doit appréhender le marché sur lequel il évolue et l'acheteur de flux financiers ne fait pas exception à la règle : il doit connaitre le mode de raisonnement de ses partenaires, qu'ils soient bailleurs de fonds, délégataires de service public, titulaires de contrats de partenariat ou encore actionnaires privés de SEM* », KLOPFER (M.), ESCALLIER (C.), *Gestion financière des collectivités territoriales*, Paris : Le Moniteur, Territorial Editions, coll. « Méthodes », 6ème éd., 2014, p. 19.

[1766] V. Première Partie, Titre I, Chapitre II, Section 2, §2.

831. Là est une forme « d'irresponsabilité »[1767] pour laquelle l'invocation du principe de libre administration ne semble que peu pertinente (1). L'exemple du modèle anglo-saxon de *P.F.I.* peut ainsi être pris. Celui-ci propose une évaluation préalable connue sous la *Value for money* (choix entre modes de gestion) puis la *Best value for money* (choix du meilleur contrat de concession), auxquelles les contrats de partenariat ont peu ou prou été astreints et auxquelles il conviendrait pleinement de s'inspirer (2).

1. L'évaluation de la concession

832. La réflexion sur le mode de gestion d'un service public impose une étude stratégique interne pour établir des éléments comparatifs de l'économie générale du projet. Cette économie, pour être complète, comprend plusieurs pans d'analyse[1768] que sont les aspects politique, juridique, social et financier[1769]. Le recours à la concession est le résultat attestant de sa faisabilité, de son acceptabilité et de son utilité[1770], suite à une comparaison entre les différents modes de gestion : la régie (autonome, personnalisée), le marché (public, de partenariat, de conception-réalisation, etc.), la concession (de service, de travaux, d'aménagement). Ce travail en amont sous impulsion publique est toutefois plus ou moins contraint et complexe. Bien que partenariat public-privé par excellence, le contrat de délégations n'a fait l'objet d'aucune obligation d'évaluation préalable[1771], *a contrario* des marchés publics[1772] et des marchés de partenariat[1773]. Tout au mieux, il revient aux conseils

---

[1767] JONCOUR (Y.), RAYMUNDIE (O.), « L'irresponsabilité partagée dans la gestion déléguée des services publics », *P.M.P.*, vol. 19, n°1, Mars 2001, p. 59-79.

[1768] L'évaluation doit permettre « *d'éclairer le choix des élus de manière à mettre en lumière tous les éléments de la décision. Il s'agit en conséquence d'un document ayant un contenu économique, juridique et technique, mais aussi politique. En bref, il s'agit d'un véritable document de gestion publique* », PEYRICAL (J.-M.), « L'évaluation préalable », §2, Chapitre 2 (Folio n°3222), *Rép. Coll. Loc*., Dalloz, Septembre 2013, point 218.

[1769] Le recours au financement privé oblige les décideurs publics à évaluer le coût global de l'opération. Ainsi, doit être évaluée comparativement les coûts financiers du financement privé (surcoût du recours à l'emprunt par un opérateur privé plutôt que recours à l'emprunt par une personne publique), les coûts techniques et matériels (différentiel entre le coût de réalisation par le concessionnaire plutôt que par un marché public ; niveau d'entretien et de maintenance, etc.), ou encore les coûts salariaux (la courbe du coût de la masse salariale dans le secteur public est plus élevée que celle du secteur privé). V. HUET (G.), *J.C.P.A.*, n°16, 2011, *préc.*

[1770] COSSALTER (P.), *préc.*, p. 558 et 560.

[1771] Le juge administratif n'a pas la compétence pour juger de l'opportunité des modes de gestion, v. C.E., 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau*, *Dr. adm*., 1992, n° 81.

[1772] Ord. n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics , art. 40

[1773] *Ibid.*, art. 74

délibérants de se prononcer sur le principe de la délégation après un avis préalable des *commissions consultatives des services publics locaux*[1774], et d'officialiser le délégataire après suggestion de la commission chargée de l'analyse des offres[1775]. Cette dernière s'appuie alors sur des rapports transmis par les services techniques dont la portée se limite aux considérations politiques et juridiques. Les rapports réalisés par les comités techniques paritaires ne sont pas plus conséquents ; ces derniers se limitent à l'information des élus et à la transparence quant à l'organisation et le fonctionnement général d'un service[1776].

833. Ces rapports à portée restreinte[1777] sont sensiblements éloignés de l'évaluation pratiquée par les candidats au financement d'un contrat de partenariat ou désormais marchés de partenariats. L'évaluation économique y est systématique. En tant qu'actif financier, la concession est étudiée de manière à établir l'ensemble des flux futurs de trésorerie susceptibles d'être dégagés. L'investisseur établit un aperçu relatif mais concret sur la rentabilité économique du projet en définissant un taux de retour sur investissement (T.R.S.I.) capable d'indiquer le niveau de profitabilité[1778] de l'opération. La décision d'investir sera prise en fonction du taux et de sa comparaison par rapport à un investissement « placement moyen » sur le marché[1779]. Le retour sur investissement se définit ici comme le ratio entre la somme des recettes tirées de l'investissement et le coût total de l'investissement sur la durée du projet[1780]. Il permet ainsi de prévoir après actualisation, la valeur finale de l'investissement

---

[1774] C.G.C.T., Art. L.1411-4.

[1775] C.G.C.T., Art. L.1411-5.

[1776] LINDITCH (F), « La place du comité technique paritaire dans la procédure de délégation de service public », *J.C.P.A.*, 2003, n° 31-35, comm. 1722, p. 1064.

[1777] « *Considérant enfin qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat 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* », C.E., 18 mars 1988, req. n°57893, *Commune de Montreuil-Bellay*, *Leb.*, p. 975 ; C.E., 27 novembre 2002, req. n° 246764, *SICAE région Péronne et SICAE Roisel*, *Contrats et marchés publ.*, 2003, comm. n° 33, note DELACOUR (E.).

[1778] VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*, p. 424.

[1779] Les entreprises peuvent aussi se référer au coût moyen pondéré du capital (C.M.P.C.) à partir duquel ils établissent un « plancher » de rémunération. La comparaison entre un T.R.I. et un C.M.P.C. permet à un investisseur de savoir si l'investissement créera ou détruiera de la valeur.

[1780] *Ibid.* ; WESTCOTT (R.), « Return on investment », *Quality progress*, Mai 2005, 38, 5, ProQuest Business Collection, p. 104.

par rapport à la valeur initiale de celui-ci[1781]. Le retour sur investissement est, vulgairement, le ratio qui démontre combien à coûter ou rapporter l'investissement.

834. On peut signaler un décret du 17 juillet 1984[1782] qui prévoit l'évaluation des grands projets d'infrastructures notamment par « *une analyse des conditions de financement et, chaque fois que cela est possible, une estimation du taux de rentabilité financière* »[1783]. En ce sens, l'article R. 1511-5 du code des transports prévoit que l'évaluation des grands projets d'infrastructures comporte un bilan prévisionnel qui comprend « *l'estimation d'un taux de rentabilité pour la collectivité calculée selon les usages des travaux de planification* ».

835. L'évaluation des marchés de partenariat ou contrats assimilés, pourrait aussi servir analogiquement aux concessions. Ainsi, la décision d'y recourir est « *précédée de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* »[1784]. L'étude de soutenabilité consiste ici à inclure « *notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat* »[1785]. Il sera intéressant d'en connaitre la future application et de voir si les dérives[1786] ayant accompagné la précédente évaluation préalable des contrats de partenariat[1787], se reproduiront.

[1781] VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*, p. 424.

[1782] Décret n°84-617 du 17 juillet 1984 relatif à l'application de l'article 14 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982 relatif aux grands projets d'infrastructures, aux grands choix technologiques et aux schémas directeurs d'infrastructures en matière de transports intérieurs ; v. aussi, C.E., 10 déc. 2001, req. n°218331, *Commune de Queven, R.D.I*, 2002, p. 135, note DONNAT (F.).

[1783] Aujourd'hui codifié à l'article R.1511-4 du code des transports.

[1784] Ord. n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Art. 74.

[1785] D. n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Art. 148.

[1786] « *Cette évaluation ne paraît pas avoir atteint les objectifs qui lui avaient été initialement assignés. Elle est, dans la plupart des cas, insuffisamment documentée sur le plan économique et financier et trop incertaine sur les plans technique et*

836. En l'absence d'obligation légale, il convient de se référer aux instruments utilisés en finances d'entreprises qui permettent, sans offrir de certitudes, de donner des clés de lecture sur les attentes des opérateurs économiques[1788]. Plusieurs méthodes existent[1789] ; deux peuvent être illustrées.

837. La première est relativement simple. Il s'agit du délai de récupération du capital investi (*pay-back ratio*). Il consiste à mesurer le temps nécessaire à la récupération du montant de l'investissement. Sa fonction est d'informer l'investisseur sur la période au terme de laquelle, la somme des flux nets de recettes tirées de l'investissement (*cash inflow*) sera égale à la somme des flux de dépenses d'investissement (*cash outlay*)[1790]. Il se résume par :

---

budgétaire », BRACONNIER (S.), « Introuvables conditions de recours aux contrats de partenariat… », *J.C.P.G.*, n°50, 8 Décembre 2014, 1285 ; LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Le partenariat public-privé dans la tourmente », *Contrats et Marchés publ.*, n°10, Octobre 2014, repère 9.

[1787] Le document remis par la MAPPP, chargé de l'appui aux collectivités, « *se transforme alors en simple argumentaire en faveur du recours à un contrat de partenariat.* ». Rapp. d'information du Sénat n°733 sur les partenariats public-privé, p. 18. La même remarque est formulée par C. MÉNARD et J.-M. OUDOT qui remarque que « *les justifications apparaissent très sommaires, et les évaluations ne font que rarement apparaître les effets d'hypothèses moins favorables au contrat de partenariat, par exemple eb fonction des critères de mesure retenus* », *préc.*, p. 359.

[1788] « *S'il est vrai que le processus d'attribution d'une concession ou d'un contrat de partenariat consiste avant tout en un dialogue entre la personne publique et le partenaire privé - candidat, le rôle des prêteurs devant se limiter au financement de l'opération envisagée, il n'en demeure pas moins que dès lors que l'opération fait l'objet d'un financement privé, il est souhaitable pour toutes les parties - y compris le secteur public - que les impératifs de « bancabilité » soient pris en compte dès la phase de sélection du partenaire privé. Dans cette perspective, le processus de sélection peut être, dans une certaine mesure, considéré comme un jeu à trois acteurs : secteur public, partenaire privé et prêteurs.* », LEQUIEN (M.), CUCHE (P.), « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics »*, Dr. adm.* , n°12, Décembre 2004, étude 22.

[1789] QUIRY (P.), LE Fur (Y.), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise 2014*, p. 651 et s.

[1790] Le ratio du délai de récupération se formule comme suivant :

$$\sum_{t=1}^{Np} Ct = Co$$

Np = *Période*

Ct = *Flux entrants*

Co = *Flux sortis pour l'investissement initial*

$\text{Délai } \textit{de récupération} = \frac{\text{Coût de l'investissement}}{\text{Flux de trésorerie annuel}}$. Cette formule a l'avantage de la simplicité mais elle exclut l'effet du temps sur la valeur de l'argent. Une variante peut alors être formulée en adjoignant un coefficient d'actualisation des flux de trésorerie retenus[1791]. Plusieurs critiques peuvent toutefois être formulées. D'abord, le délai de récupération privilégie la liquidité du projet (trésorerie) à la valeur de l'investissement[1792]. Ensuite, le délai de récupération ne prend pas en compte le niveau de risque du projet puisqu'il ne donne aucune visibilité sur les flux financiers tirés *ex-post* récupération. Il apparait inadéquat et incompatible avec l'investissement dans une concession où le risque de perte est normalement omniprésent[1793].

838. Une seconde méthode, plus complète et pertinente, s'attache à déterminer la valeur actuelle nette (V.A.N.) de l'investissement. La V.A.N. permet de mesurer dans le temps la création de valeur induite par l'investissement, transcrite par « *la somme actualisée des flux financiers pendant les périodes d'investissement et d'exploitation* »[1794]. Autrement formulée, la V.A.N. est « *la valeur des flux de trésorerie liés à l'investissement, actualisés au taux de rentabilité exigé par le marché compte tenu du risque de cet investissement* »[1795]. Le calcul de la V.A.N.[1796] est un critère de choix de projet et de sa rentabilité, largement utilisé par les entreprises pour sa globalité et sa fiabilité, et particulièrement indiqué lorsqu'elles n'ont pas de contrainte en capital d'investissement[1797]. Lorsque la valeur obtenue est positive, elle constate l'écart favorable de richesse actualisée que l'entrepreneur peut espérer des recettes

---

[1791] V. nota., BANDARI (S. B.), « Discounted Payback : a criterion for capital investment decisions », *Journal of Small Business Management*, Avril 1986, vol. 24 issue 2, p. 16 à 22.

[1792] « *Le délai de récupération conduit à favoriser la liquidité de l'investissement et non sa valeur* », QUIRY (P.), LE FUR (Y), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise*, 2014, p. 661.

[1793] « *La lecture des pratiques montre au contraire que, si le risque est bien au cœur de la décision d'investissement, les instruments les plus simples sont souvent les plus utilises* », PEZET (A.), « La gestion du risque dans la décision d'investissement industriel : de la mesure à l'analyse », *Comptabilité – Contrôle – Audit*, Tome 6, Vol. 2, sept. 2000, p. 5 à 19.

[1794] TAVERDET-POPIOLEK (N.), *Guide du choix de l'investissement – Préparer le choix, sélectionner l'investissement, financer le projet*, Éd. d'Organisations, 2006, p. 170.

[1795] QUIRY (P.), LE Fur (Y.), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise 2014,* p. 652.

[1796] $\sum_{i=T0}^{n} \frac{CFi}{(1+k)^i}$, où T_0 est la période à laquelle l'actualisation est réalisée ; n est la période de fin de projet ; k est le taux d'actualisation.

[1797] *Ibid.*, p. 178.

sur la durée. La difficulté est ici de définir avec une relative précision, un taux d'actualisation équivalent au coût du capital constaté[1798].

839. Dans le cadre des concessions de service public, la V.A.N. s'appuie sur le chiffre d'affaires de l'exploitation, constitutif des flux financiers générés sur les exercices, et qui peut varier en fonction du risque de « solvabilité » des usagers[1799]. Lorsque la collectivité étudie la V.A.N. de l'exploitation, elle doit raisonner en flux global de recettes, ce qui suppose l'inclusion de toutes les formes de recettes. Mais, contrairement à la « valeur » par le chiffre d'affaires retenu à l'article 7 du décret n°2016-86, la V.A.N. donne outre un *montant,* une variable favorisant l'appréciation et la pertinence de l'équilibre économique. Par exemple, l'exploitation d'un service public avec des usagers peu solvables est censée révéler une V.A.N. faible voire négative. Or, la même exploitation, si elle reçoit une participation financière du concédant, peut tout à fait avoir une V.A.N. positive, voire largement positive lorsque l'usager *a priori* peu solvable, le devient. La V.A.N. est ici un instrument intéressant pour les pouvoirs adjudicateurs dans l'évaluation des offres des concessionnaires[1800] selon les projections réalisées. Lorsque la V.A.N. présentée est la plus forte, le projet est supposé être le plus performant financièrement, et le plus à même d'assurer la qualité et l'accessibilité du service à un maximum d'usager[1801]. Cette évaluation, pour être comparative, doit toutefois être effectuée pour chaque projet, dans des conditions et à actualisation équivalentes.

840. Par ailleurs, l'étude de la V.A.N. s'impose expressément comme le seul outil capable de vérifier le transfert du risque d'exploitation[1802]. Il est donc l'outil de sélection de l'équilibre économique le plus pertinent et le plus rationnel[1803].

841. L'objet d'une évaluation de la valeur de la concession est d'établir le meilleur projet en fonction de la complexité juridique, technique et financière. La réponse apportée appuie la

---

[1798] *Ibid.*, p. 669.

[1799] KLOPFER (M.), ESCALLIER (C.), *Gestion financière des collectivités territoriales*, *préc.*, p. 294 à 295.

[1800] MICHELET (C.), HUET (G.), GARNIER (S.), « La négociation d'une délégation de service public », *Le courrier des Maires*, Cahier n°52, Février 2012, n°254. V. aussi, KLOPFER (M.), ESCALLIER (C.), *Gestion financière des collectivités territoriales*, Paris : le Moniteur, coll. « Méthodes », 6ème éd., 2014.

[1801] *Supra*, KLOPFER (M.), ESCALLIER (C.), p. 295.

[1802] Directive 2014/23/UE, § 20.

[1803] La « valeur » par le chiffre d'affaires n'est pas un outil de sélection des équilibres économiques mais un outil de déclenchement des procédures de mise en concurrence.

décision du donneur d'ordre sur le montage le plus efficient et le plus *avantageux économiquement*. De cette manière, le projet de concession devient soutenable budgétairement[1804], et démontre que les fonds employés sont mobilisés de manière optimale[1805].

2. L'évaluation par la Best value for money

842. Faire appel au financement privé pour réaliser un projet d'initiative publique n'est pas, en soi, ni le choix qui s'impose ni celui qui est le plus pertinent. En témoigne par exemple le coût d'emprunt du secteur privé, réputé plus onéreux que celui du secteur public, qui fait *a priori* de la gestion *interne*, le choix le plus économe par rapport aux gestions externalisées. De plus, il serait trop réducteur d'affirmer que seule la compression des budgets publics dont découle une réduction des capacités d'investissement des collectivités publiques est à l'origine du recours au financement privé des services et infrastructures publics[1806]. Tout autant, les questions d'opportunité (savoir-faire, coûts des salaires, etc.) entrent dans la balance conclusive d'une évaluation préalable.

843. Ces différentes questions sont abordées d'une manière particulière dans les contrats de type *P.F.I.* conclus par les autorités britanniques et dont nombre de contrats *partenariaux internationaux* se sont inspirés[1807]. La logique procède d'un audit[1808] en deux étapes[1809].

[1804] MARQUES (M.), GONZAGUE (P.), « La soutenabilité budgétaire dans les contrats de partenariat », *préc.*

[1805] Il faut rappeler néanmoins que l'autorité publique et l'opérateur privé ne poursuivent pas les mêmes intérêts. Ainsi, il faut comprendre que certains projets, bien que non rentables financièrement peuvent être validés parce qu'ils sont rentables « socio-économiquement » (amélioration du lien social, de l'égalité entre usagers, des conditions de vie, etc.). Alain BONNAFOUS explique alors que certains projets dont le T.R.I. n'est pas suffisant pour être viable par eux-mêmes, doivent se concrétiser car ils ont un taux de rentabilité socio-économique (T.R.E.) élevés. Dès lors, pour ces projets, l'octroi de financements publics est justifié ; BONNAFOUS (A.), « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé : quelques paradoxes », *Rev. Française d'économie*, vol. 17, n°1, 2002, p. 173 à 194. Toutefois, il faut mettre en rapport cette réalité économique avec les exigences de dépendance financière limitée entre contractants dans les concessions. Bien que rentable socio-économiquement, un projet ne peut être contracté sous la forme d'une concession si le taux de subventionnement annule le risque d'exploitation et garantie la rentabilité du projet au partenaire gestionnaire.

[1806] MARTY (F.), VOISIN (A.), « Finances publiques et financements privés : quel nouvel équilibre pour les investissements des États ? », *P.M.P.*, 2012, 25 (3), p. 19-37.

[1807] V. BRACONNIER (S.) (dir.), Fasc. 647 : Partenariats public-privé internationaux, *J.-CL. Contrats et Marchés publ.*, 3 Mai 2016.

[1808] BIRKINSHAW (P.), BREEN (E.), *préc.*

[1809] Ce procédé est d'ailleurs celui proposé par certains auteurs économistes afin de réduire les coûts de transaction liés à la passation des contrats et à leur exécution, MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.), « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *préc.*, p. 364.

844. La première étape consiste à établir un comparatif entre les différents modes de gestion dit le *Public sector comparator* (P.S.C.). Cette phase combine une analyse préalable tant sur le contenu du service et des objectifs de performance qui lui sont assignés (définition du service public) que sur le meilleur modèle de gestion disponible pour y parvenir. C'est à cette occasion que l'autorité de tutelle doit aboutir à une *Value for Money*[1810], c'est-à-dire la définition du modèle de gestion optimal pour le service concerné.

845. La seconde étape consiste à choisir, si le modèle *P.F.I.* est retenu (ou *P.P.P.*), à évaluer le contrat le mieux adapté aux exigences de performance prédéfinis, et le plus avantageux économiquement. C'est l'évaluation de la *Best value for money* et donc du meilleur modèle contractuel permettant la valorisation optimale de l'argent public. Par cette évaluation, l'autorité publique choisit les montages possibles (ex : *D.B.F.O.M.T.* ; *B.O.T.* ; *B.O.O.* ; etc.), détermine les avantages et inconvénients de chacun d'entre eux et évalue le transfert du risque financier vers l'opérateur privé. À son issue, l'autorité publique est réputée avoir eu connaissance de tous les éléments objectifs pour réaliser sa procédure de mise en concurrence et choisir le partenaire qui remplit un maximum des critères tirés des évaluations préalables. En théorie[1811], elle devrait aboutir à retenir le contrat optimal garantissant la meilleure gestion des risques[1812] attenants au projet[1813]. En l'absence d'offre négociée satisfaisante répondant au degré de *value for money* défini, l'autorité devrait ainsi conclure en une gestion interne publique[1814]. L'externalisation y apparait comme un choix cohérent et non comme une finalité.

[1810] Littéralement, la *valorisation de l'argent*.

[1811] *Ibid.*

[1812] « *A key element of the definition mentioned above is the role of risk. To ensure that the private partner operates efficiently and delivers value for money, it is necessary to transfer a sufficient amount of risk. In principle, risk should be carried by the party best able to manage it. In this context, "best" means the party who can manage the risk at least cost. To manage it may mean the party best able to prevent a risk from realising (ex ante risk management) or the party best able to deal with the results of realised risk (ex post risk management), whichever option (ex ante or ex post) is the cheapest. Some risks can be managed and are hence called endogenous risks. However, not all risks can be managed, and cases may exist where one or more parties to a contract are unable to manage a risk. To those parties, such unmanageable risks are exogenous risks; an example is uninsurable force majeure risk that affects all parties, while political and taxation risk is exogenous to the private party and endogenous to government* », BURGER (P.), HAWKESWORTH (I), « How To Attain Value for Money : Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement », *OECD Journal on Budgeting*, Paris, 11.1, 2011, p. 91-146.

[1813] COSSALTER (P.), DU MARAIS (B.), *La Private Finance initiative*, Institut de la Gestion Déléguée, Mars 2001, p.33.

[1814] Fasc. 647 : Partenariats public-privé internationaux, *préc.*

846. Si cette approche comparative a trouvé une forme d'application dans les contrats de partenariat[1815], il est certain qu'elle serait adaptée aux contrats de *concession*. En ayant pour critère la gestion optimale des risques, l'évaluation combinée de la *value for money - best value for money* s'accorde avec l'équilibre économique des contrats par la prise en compte effective du risque et par sa valorisation via la V.A.N. du projet[1816]. Sur la forme, l'évaluation est en totale adéquation avec les exigences de la directive et sur le fond, en cohésion avec la complétude de la définition du risque d'exploitation[1817] et ses interactions avec les autres éléments politiques, économiques et sociaux de l'équilibre du projet[1818]. On pourrait d'ailleurs utiliser en complément de la V.A.N., la *Value at Risk* (V.A.R.), indicateur particulièrement révélateur de la réalité des pertes qu'encourent l'opérateur face aux risques du projet.

847. En ce sens, l'évaluation par la *Best value for money* permet à l'autorité publique de réflechir sur un contrat rationnel ; ce qui n'est pas synonyme avec un transfert total du risque d'exploitation. Au contraire, l'évaluation peut orienter l'autorité publique vers une véritable matrice des risques, avec une économie rationalisée et donc plus économique[1819]. Cette approche, validée par la directive *concessions*, suppose un changement des mentalités des collectivités publiques en France pour qui, trop souvent, le transfert aux *risques et périls*

[1815] *Supra*. Cette évaluation tend plus à la *Value for money*.

[1816] Dans les projets britanniques, la *value for money* est réalisée en fonction du *Public sector comparator* (*P.S.C.*) qui est un instrument qui mesure par la V.A.N. les avantages et inconvénients intrinsèques du projet en prenant en compte tous les aspects liés au secteur public, et ceux du secteur privé, COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 561, §965.

[1817] *Supra*.

[1818] On peut remarquer que l'ARAFER attend une telle évaluation dans les programmes d'investissement autoroutiers. Ainsi, dans un avis n°2017-055, elle affirmait que « *Une approche quantitative, inspirée de l'évaluation socio-économique des investissements publics, pourrait apporter un éclairage complémentaire bienvenu sur le bilan coûts/bénéfices du point de vue de l'usager. Dans le cas d'un diffuseur par exemple, la démarche consisterait à mettre en regard l'ensemble des gains (gains de temps, de confort et de sécurité par exemple) et des coûts (hausses de péages pour l'ensemble des usagers de l'autoroute et congestion éventuelle par exemple) apportés par le projet aux usagers de l'autoroute* », Avis n°2017-055 relatif au projet de 11ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 3 mai 1995 et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021, p. 5, § 26.

[1819] « (…) *l'idée selon laquelle le transfert de risques ne doit pas être total, mais faire l'objet d'un compromis : chaque type de risque doit être transféré à la partie la mieux adaptée pour l'assumer. Par ailleurs, un transfert de risques optimal entraîne le meilleur rapport qualité prix. Cette règle générale ne s'applique pas seulement à la comparaison de différents contrats entre eux, mais à la comparaison de la gestion de type PFI avec la "régie". Ainsi, la recherche du transfert optimal des risques justifie automatiquement tous les contrats de PFI*. », *Ibid.*, p. 34.

conduit à considérer que tout est pris en charge par le concessionnaire, quand bien même elle participe implicitement ou explicitement, à l'équilibre économique de la concession. De même, la *Best value for money* est antinomique avec l'autre idée reçue selon laquelle, un partenariat public-privé n'a pas de coûts incidents pour la personne publique. D'abord, il se peut que l'évaluation conclut au choix de l'externalisation non parce qu'il s'agit de la solution la moins chère, mais parce qu'elle est la meilleure[1820]. Puis, l'évaluation est une occasion de rappeler que malgré la *débudgétisation* de l'actif public qui est transféré au concessionnaire, cet actif demeure identifié et sujet à des coûts futurs pour la personne publique.

848. Un autre avantage de la *Best value for money* est qu'elle donne tous les moyens à l'autorité publique pour négocier le contrat. Parce que cette évaluation induit un raisonnement *ex ante* et *ex post*, elle est en capacité de mesurer le meilleur coût global de l'opération par contrat de concession. Elle permet *ab initio* de projeter le coût rémanent de l'opération d'externalisation[1821], et d'en apprécier les répercussions sur les budgets publics[1822].

849. En définitive, l'applicabilité de l'évaluation par une recherche d'optimalité et de performance (économie générale, matrice des risques) est directe[1823] et en pratique opportune[1824]. L'utilité de celle-ci est de donner une base de compréhension universelle des projets, et de mettre les autorités concédantes en posture d'analyser le caractère rentable et profitable de leur concession. Bien qu'une telle évaluation soit « supposée » préalablement au

---

[1820] BRACONNIER (S.) (dir.), DELSAUX (A.), MOREL (J.-B.), « Analyse comparative : la recherche d'une Best value for money à la française », *Contrats et marchés publ.*, Septembre 2005, n°9.

[1821] LYONNET DU MOUTIER (M.), *préc.* Elle oblige surtout à évaluer le « *coût des solutions publiques* » avant d'aboutir à l'exernalisation, MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.)*, préc.*, p. 357.

[1822] « *Since the government is not paying for the asset when it is initially purchased under a PPP, it may create the (false) impression that the government is not paying for the asset at all. However, to think that the government is not paying for the asset at all under a PPP is to ignore the future payment commitments and contingent liabilities of the government to the private partners in subsequent years. This ignorance regarding the future liabilities and payment commitments may create a false incentive to procure the project through a PPP* », BURGER (P.), HAWKESWORTH (I), *préc.*; BONNAFOUS (A.), « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé : quelques paradoxes », *Rev. Française d'économie*, vol. 17, n°1, 2002, p. 173 à 194. Ce suivi est préconisé par le Conseil de normalisation des comptes publics, Avis du 17 octobre 2014, *préc.*

[1823] « *Cette directive impose en effet de nouvelles règles, tendant notamment à assurer plus de transparence dans le choix du délégataire et conduisant à ce que toutes les concessions soient attribuées selon des critères permettant de constater un « avantage économique global* ». », étude annuelle 2015 du Conseil d'État, p. 130.

[1824] Cette partie a été éludée par les textes de transposition de la directive *concessions*, alors même qu'une obligation d'évaluation précise s'impose pour les marchés de partenariat, *Supra.*

recours aux *délégations de service public*, celle-ci n'est pas dans la plupart des hypothèses si systématique et exhaustive.

B. L'évaluation de la profitabilité

850. L'évaluation de la profitabilité de la concession doit tendre vers le contrôle systématique de la capacité qu'a le concessionnaire de dégager des revenus de l'exploitation. Cette évaluation est concomittante à l'évaluation de la rentabilité de l'investissement, la valeur de la concession, en amont de l'exploitation, mais aussi une véritable procédure de contrôle de l'exécution. La profitabilité est définie par l'INSEE comme « *le rapport entre le profit et la production. Le taux de profitabilité rapporte donc le résultat net comptable au chiffre d'affaires hors taxes* ». Par la mesure d'un taux de profitabilité, l'autorité concédante est en mesure d'évaluer la performance de l'exploitation en fonction de l'activité du concessionnaire. C'est une logique de « *centre de profit* »[1825] (1). La profitabilité s'impose comme une base de contrôle de l'activité du concessionnaire et du niveau de sa rémunération (2).

1. La logique du centre de profit

851. L'évaluation de la valeur globale de la concession est une opération obligatoire mais insuffisante pour rationaliser l'équilibre économique. La concession est un centre de profit car il est un lieu de production de richesses dont le bénéficiaire est l'exploitant. Pour connaître le niveau de ces richesses, il est nécessaire que la concession projète la rentabilité intrinsèque de l'activité, soit la profitabilité de l'exploitation[1826].

852. La rentabilité d'une activité est présentée principalement de trois façons différentes[1827]. La première d'entre elles est la rentabilité commerciale de l'exploitation. Elle est le résultat positif ou négatif de l'exécution du service appréhendée par le chiffre d'affaires (flux de recettes par rapport aux flux de dépenses)[1828]. Cette évaluation est celle attendue par le droit

---

[1825] KLOPFER (M.), ESCALLIER (C.), *préc.*, p. 295.

[1826] Ces deux notions sont très couramment utilisées comme des synonymes, bien qu'en finance d'entreprise, rentabilité et profitabilité couvrent deux champs différents.

[1827] *Ibid.*, p. 253.

[1828] $\text{Rc} = \dfrac{\text{Résultat}}{\text{Chiffre d'affaires}}$

européen dans le cadre de l'obligation de mise en concurrence et détermine les *flux de bénéfices* de l'exploitation. Il s'agit de la profitabilité de la concession[1829] qui se matérialise généralement dans les comptes de résultat par la marge nette bénéficiaire ou l'excédent brut d'exploitation (E.B.E.).

853. La deuxième est la rentabilité économique qui est égale au rapport du résultat d'exploitation après impôt par le ratio de rotation de l'actif économique (*stocks, besoin en fonds de roulement*, etc.)[1830]. Elle donne l'aperçu d'une rentabilité brute de la concession indépendamment des financements employés.

854. La troisième est la rentabilité financière qui détermine les profits dégagés par l'exploitation par rapport au coût de l'investissement sur les capitaux propres[1831]. Elle mesure ainsi la rentabilité de l'opération pour le concessionnaire par rapport aux entreprises exerçant une activité similaire sur le marché et donne une comparaison de la rentabilité de la concession par rapport à un autre projet d'investissement.

855. Pour le concédant, il y a dans ces ratios une aide à la décision comparable à celle employée dans la sphère privée. Ils s'insèrent dans l'évaluation globale objective du meilleur projet. En démontrant en amont l'existence d'un profit durable, le pouvoir adjudicateur est en position de le négocier et de l'ajuster en fonction de ses attentes tarifaires et du volume d'obligations de service public. La détermination du bénéfice raisonnable du concessionnaire est par ailleurs facilitée puisque le potentiel de rentabilité est connu par l'autorité publique qui est en mesure de l'inscrire dans la convention. De plus, les informations qui en sont tirées offre une méthode de vérification des flux prévisionnels, des flux réels, et l'acceptabilité du différentiel constaté. Ils permettent aux collectivités de s'informer sur les risques et de prendre en considération la rentabilité du service et son autonomie financière par rapport aux finances locales.

[1829] V. *Supra.*

[1830] QUIRY (P.), LE Fur (Y.), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise 2014,* p. 661.

$$Re = \frac{\text{Résultat}}{\text{Immobilisations + besoin fond de roulement}}$$

[1831] $$Rf = \frac{\text{Résultat}}{\text{Capitaux propres}}$$

856. L'absence d'évaluation préalable des projets donnent une lecture de l'offre en service public parfois difficile à comprendre. On peut prendre à cet égard l'exemple des crématoriums. Légalement, il est de la compétence exclusive des communes, de leurs établissements de coopération intercommunale (et Métropole de Lyon) de proposer un service public de crémation. Par cette compétence exclusive, il leur revient de préciser les attentes architecturales, environnementales et la politique d'accessibilité. Sans évaluation suffisante, notamment du besoin en service et de la demande des usagers, il existe un risque de *sur-offre* en service[1832] et/ou du financement d'investissements incohérents[1833]. L'évaluation de la rentabilité du service en fonction de son environnement et du marché disponible est la première étape qui permet de rompre l'idée reçue selon laquelle un contrat de concession est, de leur point de vue, neutre financièrement. C'est là une erreur fondamentale. Car, toute activité non viable et non rentable est irréductiblement supportée par les budgets locaux[1834] qui, *a minima,* supporteront les effets financiers postérieurs à la suppression de l'activité.

2. Le contrôle adapté

857. L'analyse *ex-ante* de la rentabilité est nécessaire pour démontrer et négocier la *bancabilité* de la concession. Toutefois, cette évaluation n'est pertinente que si elle est suivie dans le temps par l'autorité délégante et comparée aux résultats *ex-post*[1835]. Force est pourtant

---

[1832] Par exemple, les crématoriums de Bron (concession) et de Lyon (régie) sont seulement séparés par moins de 6 Km. Néanmoins, ce faible écart en distance est largement compensé par la démographie et par la forte demande des administrés : entre 2007 et 2013, le nombre de crémations moyen est de 2122 à Bron et de 1603 à Lyon. *A contrario*, les crématoriums de Beaurepaire et de Marcilloles, tous les deux en concession, se distancent de moins de 15 Km pour une démographie de moins de 40 000 habitants (Il s'agit des territoires de l'E.P.C.I. du Pays de Bièvre-Liers et de l'E.P.C.I. du Territoire de Beaurepaire). Le nombre moyen de crémations était, sur la même période, de 563 pour Beaurepaire et de 398 pour Marcilloles.

[1833] Exemples : Le projet de crématorium à Noyal-Pontivy est de 2 112 564 euros. Le crématorium d'Orchies était prévu pour 1 814 092.80 euros. Le projet de crématorium d'Amiens est évalué à 6.7 millions d'euros. Le crématorium d'Aubagne a été réalisé pour 1 586 000 euros.

[1834] « *L'investissement pour la collectivité peut lui paraître minime, puisque la construction est généralement assurée par le délégataire. La commune ou l'EPCI peut même* (…) *y trouver un intérêt financier.* (…) *Pour autant, le risque financier d'une exploitation non rentable pèse, ultimement, sur la collectivité elle-même puisque la gestion du crématorium lui revient lorsque le délégataire l'abandonne* », Rapport n°545 du Sénat, session ordinaire 2013-2014 du 21 mai 2014 relatif à l'instauration d'un schéma régional des crématoriums, p. 12.

[1835] MÉNARD (C.), SAUSSIER (S.), « La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution d'eau en France », *préc.*, p. 101. V. aussi, MÉNARD (C.), OUDOT (J.-M.), « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *préc.*

de constater que le contrôle est une phase insatisfaisante dans la pratique des concédants. Bien qu'un effort d'exhaustivité ait été réalisé par le législateur à l'attention des personnes publiques - pour la transparence des rapports annuels, des comptes rendus techniques et financiers et des inventaires patrimoniaux[1836] - l'état actuel des contrôles des concessions est qualitativement très inéquivalent.

858. D'abord, trop souvent les rapports annuels se résument à des documents peu ou prou illisbles où les informations essentielles sont largement diluées dans un support objet de communication commerciale. La lourdeur de ces rapports ne permet pas une interaction immédiate des services de contrôle avec les données essentielles et ne met jamais la personne publique en mesure de les vérifier concrètement ou de les contester, sauf à faire un audit interne ou externe parallèle.

859. Puis, les informations listées bien que nombreuses, se recoupent et laissent de côté d'autres éléments essentiels de vérification fondamentale de la concession. Ainsi, l'article 33, II, a) du décret du 1er février 2016 dispose que : « *lorsque la gestion d'un service public est déléguée, le rapport comprend également : 1° Les données comptables suivantes* : *a) Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé, comportant notamment une description des biens et, le cas échéant, le programme d'investissement, y compris au regard des normes environnementales et de sécurité* ; *b) Un état du suivi du programme contractuel d'investissements en premier établissement et du renouvellement des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé ainsi qu'une présentation de la méthode de calcul de la charge économique imputée au compte annuel de résultat d'exploitation de la concession ; c) Un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service concédé* ».

860. Ici, l'intention louable du législateur d'alerter les concédants sur l'impact du coût patrimonial dans la concession se concentre sur des éléments qui, en pratique, sont présentés dans un même document : l'inventaire des biens. Pourtant, quoique redondant et en apparence exhaustif, le texte ne rappelle pas clairement l'existence des amortissements financiers en sus des amortissements comptables, et oublie d'informer sur la conséquence d'une inutilisation

[1836] D. n°86-2016, Art. 33.

des dotations pour renouvellement et leur suivi « comptable »[1837]. Aussi, il oublie d'orienter les personnes publiques précisement sur « *des méthodes et des éléments de calcul économique annuel et pluriannuel retenus pour la détermination des produits et charges directs et indirects imputés au compte de résultat de l'exploitation* ». Notamment, rien n'est dit sur les outils de contrôle greffés sur le chiffre d'affaires ou sur la V.A.N. de la concession, pour en mesurer effectivement la rentabilité.

861. En ce sens, l'interprétation SIC 29 intégrée par le règlement européen n°1126/2008 fait état d'une liste d'informations à transmettre plus diversifiée et qui éclaire efficacement l'autorité publique sur les éléments de définition de l'équilibre économique contractuel. Ainsi, le règlement prévoit notamment que le concédant et le concessionnaire doivent fournir, une description de l'accord y compris les conditions ayant des effets sur le montant, l'échéancier et la certitude des flux de trésorerie. Sont données en exemple, « *la durée de la concession, les dates de refixation du prix et la base de détermination de la refixation ou de la renégociation du prix* »[1838].

862. La doctrine s'accorde sur deux outils de contrôle du profit au bénéfice des décideurs publics[1839] : le plafond de chiffre d'affaires et l'utilisation d'un taux de retour sur investissement.

863. La fixation d'un plafond de chiffre d'affaires est résolument le plus simple et le plus maitrisable par les collectivités concédantes[1840]. Ce plafond est construit sur les résultats effectifs de l'exploitation, soit les revenus d'exploitation liés la fréquentation du service. Un exemple peut être pris avec la parcelle d'autoroute assurée par la construction du Viaduc de Millau[1841]. Dans ce contrat, l'exploitation prend fin automatiquement après le constat par le

---

[1837] Techniquement, il convient d'obliger le concessionnaire à réaliser un document de suivi extracomptable qui permet de suivre les dotations provisionnées, leur consommation au fil du programme de renouvellement, et le solde des dotations.

[1838] Règlement C.E., du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.* du 29 nov. 2008, n° L320/1.

[1839] COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *Dr. adm.* , n°5, Mai 2006, étude 9, *préc.* ; VILA (J.-B.), *préc.*

[1840] « *C'est la solution la plus simple pour le concédant et la plus incitative pour le concessionnaire* », COSSALTER (P.), *Dr. adm.* , N°5, Mai 2006, étude 9, *préc.*

[1841] Décret n°2001-923 du 8 oct. 2001, *J.O.R.F.*, n°235 du 10 octobre 2001, p. 15923, texte n°20.

concédant d'un chiffre d'affaires réel cumulé et actualisé au taux de 8%[1842] dépassant le montant de 375 millions d'euros[1843]. Autrement rationalisée, la concession de l'autoroute A19 prévoit, elle, qu'après constat d'un cumul de chiffre d'affaires de 1,5 milliards d'euros, le concessionnaire doit verser une redevance de partage des bénéfices avec l'État[1844].

864. De la sorte, le contrôle par le chiffre d'affaires s'adapte normalement aux obligations de la personne publique contrôleur. Ce contrôle commence ainsi par vérifier les données réelles transmises et les données prévisionnelles sur la base desquelles l'équilibre économique a été construit. Les écards significatifs devraient ainsi aisément alerter les personnes publiques sur les risques de déconnexion entre rentabilité admise et rentabilité excessive. Voici un exemple.

> Pour une concession de service public de crématorium conclue pour une durée de 25 ans, non modifiée par rapport aux prestations de base. Coût d'investissement de 6,150 millions de francs (environ 1,2 millions d'euros). L'écart entre les données prévisionnelles et celles constatée dans les rapports annuels se présentent ainsi :

[1842] Une disposition similaire existe dans la convention de concession pour l'autoroute A41. Décret du 27 octobre 2005 approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la société ADELAC pour la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de la section Saint-Julien-en-Genevois-Villy-le-Pelloux de l'autoroute A 41 et le cahier des charges annexé à cette convention, art. 30.

[1843] *Ibid.*, art. 36.2.

[1844] Décret n° 2005-334 du 7 avril 2005 approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la société ARCOUR pour la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation de la section Artenay-Courtenay de l'autoroute A 19 et le cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°83 du 9 avril 2005, p. 6426, texte n°40, art. 30.

Tableau 1 - Données du prévisionnel

Prévisionnel (Valeurs 1999)	2006	2007	2008	2009
Chiffre d'affaires crémation	1 650 000 FRF	1 650 000 FRF	1 650 000 FRF	1 650 000 FRF
Chiffre d'affaires autres	200 000 FRF	200 000 FRF	200 000 FRF	200 000 FRF
Chiffre d'affaires	1 850 000 FRF	1 850 000 FRF	1 850 000 FRF	1 850 000 FRF
Résultat net	334 000 FRF	334 000 FRF	334 000 FRF	334 000 FRF
Tarif Base	2 400 FRF	2 400 FRF	2 400 FRF	2 400 FRF

2010	2011	2012	2013
1 650 000 FRF	1 650 000 FRF	1 650 000 FRF	1 650 000 FRF
200 000 FRF	200 000 FRF	200 000 FRF	200 000 FRF
1 850 000 FRF	1 850 000 FRF	1 850 000 FRF	1 850 000 FRF
334 000 FRF	334 000 FRF	334 000 FRF	334 000 FRF
2 400 FRF	2 400 FRF	2 400 FRF	2 400 FRF

2015	2016
1 650 000 FRF	1 650 000 FRF
200 000 FRF	200 000 FRF
1 850 000 FRF	1 850 000 FRF
334 000 FRF	334 000 FRF
2 400 FRF	2 400 FRF

Tableau 2 - Conversion du Franc-Euro par l'INSEE sur la base de l'inflation des données du prévisionnel

Evolution Euro (INSEE)	2006	2007	2008	2009
Chiffre d'affaires crémation	285 930,65 €	290 185,57 €	298 345,00 €	298 620,32 €
Chiffre d'affaires autres	34 658,26 €	35 174,01 €	36 163,03 €	36 196,40 €
Chiffre d'affaires	320 588,91 €	325 359,58 €	334 508,03 €	334 816,72 €
Résultat net	57 879,29 €	58 740,59 €	60 392,26 €	60 447,99 €
Tarif Base	415,90 €	422,09 €	433,96 €	434,36 €

2010	2011	2012	2013
303 175,59 €	309 608,03 €	315 665,03 €	318 393,19 €
36 748,56 €	37 528,25 €	38 262,43 €	38 593,11 €
339 924,15 €	347 136,28 €	353 927,46 €	356 986,30 €
61 370,09 €	62 672,17 €	63 898,25 €	64 450,50 €
440,98 €	450,34 €	459,15 €	463,12 €

2015	2016
320 026,56 €	320 602,61 €
38 791,01 €	38 860,92 €
358 817,66 €	359 463,53 €
64 781,13 €	64 897,74 €
465,49 €	466,33 €

Tableau 3 - Rapports annuels transmis

Rapport annuel	2006	2007	2008	2009
Chiffre d'affaires crémation	275 596,00 €	278 143,00 €	358 949,00 €	371 786,00 €
Chiffre d'affaires autres	2 033,00 €	1 582,00 €	2 722,00 €	4 183,00 €
Chiffre d'affaires	277 629,00 €	279 725,00 €	361 671,00 €	375 969,00 €
Résultat net	53 689,00 €	68 769,00 €	100 724,00 €	115 215,00 €
Tarifs	419,24 €	423,22 €	445,35 €	445,35 €

2010	2011	2012	2013
427 534,00 €	478 345,00 €	412 929,00 €	416 905,00 €
3 128,00 €	3 685,00 €	2 754,00 €	3 450,00 €
430 662,00 €	482 031,00 €	415 683,00 €	420 355,00 €
148 400,00 €	177 109,00 €	134 243,00 €	119 780,00 €
452,61 €	474,06 €	474,06 €	505,11 €

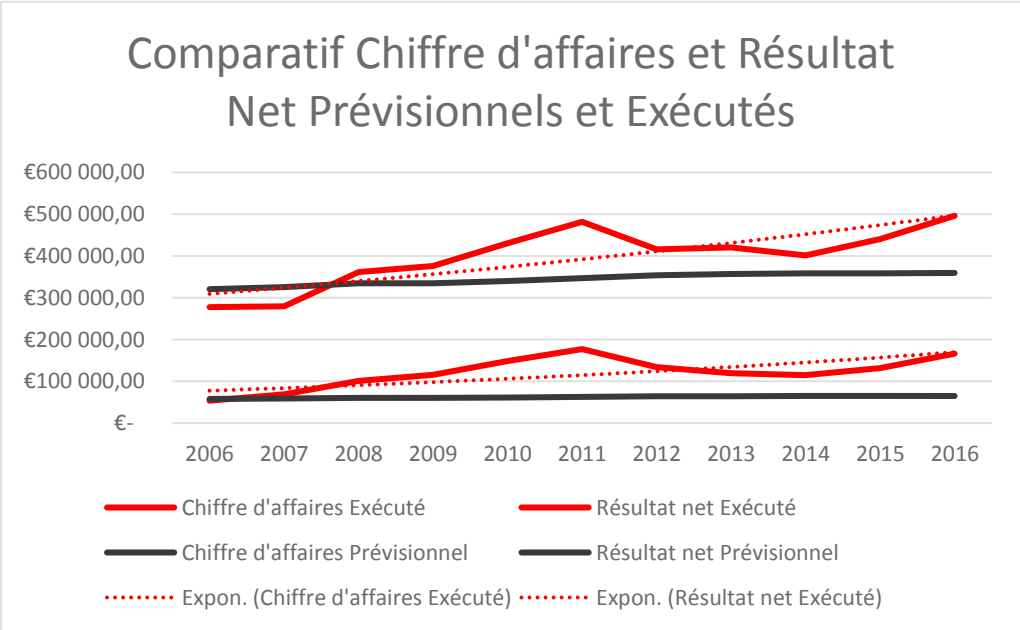
2015	2016
437 540,00 €	493 034,00 €
3 228,00 €	3 189,00 €
440 768,00 €	496 222,00 €
132 026,00 €	165 893,00 €
492,12 €	474,40 €

Tableau 4 - Résultats comparatifs

Comparatif	2006	2007	2008	2009
Chiffre d'affaires réel par rapport au chiffre d'affaires prévisionnel	- 3,61%	- 4,15%	+ 20,31%	+ 24,50%
Résultat net réel par rapport au Résultat net prévisionnel	-7,24%	+ 17,07%	+ 66,78%	+ 90,60%
Évolution tarifaire par rapport à l'année n-1	-	+ 0,95%	+ 5,23%	0,00%
Différence tarifaire par rapport au tarif de la 1ère année	+ 0,80%	+ 0,27%	+ 2,62%	+ 2,53%

2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
+ 41,02%	+ 54,50%	+ 30,81%	+ 30,94%	+11,93%	+22,84%	38,05%
+ 141,81%	+ 182,60%	+ 110,09%	+ 85,85%	+77,25%	+103,80%	+155,62%
+ 1,63%	+ 4,74%	0,00%	+ 6,55%	0,00%	-2,57%	-3,60%
+ 2,64%	+ 5,27%	+ 3,25%	+ 9,07%	+ 8,55%	+ 5,72%	+ 1,73%

Figure 1 - Comparatif entre les données de chiffre d'affaires et résultat net Prévisionnel et Exécuté



Remarques : *Bien qu'il s'agisse ici d'approximations en valeur (euro courant et euro constant non déterminé, seule l'évolution par l'inflation des ménages peut être utilisée simplement), quelques conclusions peuvent être tirées. Ainsi, sans évolution des conditions d'exploitation du concessionnaire, il peut être constaté aisément que le chiffre d'affaires a progressé constamment, tout comme le tarif des services proposés. Mais c'est surtout le résultat net du concessionnaire qui connaît un écart moyen sur les années présentées de 85,95 % avec le prévisionnel. Or, le résultat net d'exploitation correspond aux recettes tirées de l'exploitation après déduction des charges d'exploitation et des impôts. Il pourrait être ici déduit que sur cette période, le concessionnaire a engrengé des recettes qui dépassent significativement celles prévues selon l'équilibre financier primordial, et que la déconnexion entre l'état d'amortissement réel des biens et l'amortissement programmé est très fortement probable. En conséquence, l'équilibre financier, sur cette période étudiée, privilégie clairement la rémunération des actionnaires du concessionnaire.*

865. L'utilisation du taux de retour sur investissement est quant à elle astreinte à une définition précise et homogène, demandée aux soumissionnaires lors de la procédure d'appel d'offres, pour être vérifiable. Il s'agit de la méthode par laquelle peut être mesuré le gain obtenu en fonction de l'investissement déployé.

866. Pour J.-B. VILA, la rémunération du concessionnaire peut être contrôlée par un calcul particulier du T.R.S.I.[1845], celui de l'indice de profitabilité[1846]. Il correspond au rapport des flux de trésorerie actualisés sur le capital investi[1847], et mesure la rentabilité de l'euro investi[1848]. Pour l'auteur, « *cet indicateur semble le plus pertinent pour les contrats administratifs car il tient compte des gains de gestion liés à l'amortissement des actifs immobilisés, en sus des gains principaux liés à l'exploitation* »[1849]. L'indice de profitabilité est général, s'applique à l'ensemble des flux de la concession et donne une certaine réalité de la rentabilité. Il demeure toutefois assez opaque quant à son utilisation.

[1845] Le taux de retour sur investissement peut être mesuré par différentes méthodes dont le délai de récupération (*préc.*) ou le taux de rentabilité interne (T.R.I.) qui est le taux d'actualisation par lequel la V.A.N. devient nulle.

[1846] Pour plus de développement sur ce sujet, VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, *préc.*, p. 424.

[1847] QUIRY (P.), LE FUR (Y.), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise 2014,* p. 662.

[1848] MANDOU (C.), *Procédures de choix d'investissement – Principes et applications*, Éd : De Boeck, Janvier 2009, p. 37.

[1849] VILA (J.-B.), *Contrats et Marchés pub.*, n°5, Mai 2010, étude 5, *préc.*

867. P. COSSALTER souligne *a contrario* que le choix du critère de la rentabilité comme norme de contrôle est non incitatif voire contre-performanciel pour l'exploitation[1850]. Selon l'auteur, la régulation du profit par le concédant aurait l'effet pervers d'une surcapitalisation connu sous le nom « *d'effet Averch-Johnson* »[1851]. Selon cette théorie, lorsque les opérateurs sont contraints à un taux de profit limité, ces derniers ont tendance à accroitre leurs dépenses au-delà de ce qui est nécessaire au bon fonctionnement de l'entreprise[1852]. Or, cette politique de gestion des coûts[1853] va à l'encontre de la politique d'efficience et d'optimalité des services publics. Le surinvestissement doit être proscrit et le financement du concessionnaire encadré.

868. Si le calcul de la rentabilité par le retour sur investissement peut être fort complexe à mettre en œuvre en pratique pour les collectivités publiques, il semble que son application se généralise. Il n'est pas rare de voir le juge administratif contrôler les aides publiques versées aux concessionnaires à l'aune du taux de rentabilité interne (T.R.I.)[1854]. Dans une affaire concernant l'aérodrome de *Notre-Dame-des-Landes*, le Conseil d'État a relevé qu'une subvention publique n'était pas constitutive d'une surcompensation d'obligation de service public eu égard au taux de rentabilité interne[1855]. L'analyse par le taux de rentabilité a été

[1850] « *Le contrôle du taux de retour sur investissement est infiniment plus complexe, puisqu'il suppose une connaissance très fine de la comptabilité de la société de projet éventuellement constituée, et de la comptabilité du groupe, de la réalité des charges, des liens contractuels avec les sous-traitants qui sont souvent des filiales, etc*. », COSSALTER (P.), *préc.*

[1851] AVERCH (H.), JOHNSON (L.L.), « Behaviour of the firm under regulatory constraint », *The American Economic Review*, n°52, 1962, p. 1052 à 1069.

[1852] « *La détermination du niveau de prix correspond à la volonté de la rentabilité des entreprises à ce qui est considéré comme normal Outre la difficulté qu'il y a d'établir ce qu'est un juste taux de profit, cette pratique entraîne une surcapitalisation systématique. Les coûts de production sont ainsi supérieurs à ce qu'ils seraient en l'absence de réglementation.* », SOULIÉ (D.), « Les problèmes de la déréglementation aux États-Unis », *Revue française d'Études Américaines*, n°21-22, Novembre 1984, Économie et Pouvoirs, p. 409 à 417.

[1853] « *Le profit apparaît comme le revenu de ceux qui, en raison de leur force contractuelle, de leur capacité d'innovation, de leur puissance sur le marché et surtout de leur aptitude à la négociation parviennent à aménager un écart maximal entre les prix de vente et les coûts* », VIDAL (L.), *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147, *préc.*

[1854] Il est l'indicateur préconisé par le droit européen pour mesurer le *bénéfice raisonnable* et le niveau de compensation d'obligation de service public, COM 2012/C, point 61, *préc.*

[1855] « (…) *qu'il ressort des pièces du dossier que le taux de rentabilité interne que la subvention accordée à la société Aéroports du Grand Ouest permet d'atteindre, au cas où les perspectives de trafic et de résultats d'exploitation se réalisent, est de 13,42 % ; que ce taux correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des concessions de ce type* », C.E., 13 juill. 2012, req. n°347073, 347170, 350925, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les verts des pays-de-la-Loire et a., Association ACIPA et a.*, *Leb.*, p. 277, *A.J.D.A.*, 2012, p. 1717, étude LOMBARD (M.), NICINSKI (S.), GLASER (E.) ; *R.D.I.*, 2012, p. 562, obs. BRACONNIER (S.) ; *A.J.C.T.*, 2012, p. 567, obs. DESINGLY (A.).

renouvelée dans un arrêt *Communauté d'agglomération d'Épinal c. Société Numéricable*[1856]. Ainsi, le versement anticipé d'une indemnité pour résiliation unilatérale n'est pas constitutif d'une aide d'État dès lors que l'indemnité est égale à la valeur nette comptable des biens (V.N.C.) et quand bien même le taux de rentabilité interne de l'opération aurait augmenté[1857].

869. La fixation du profit apporte une transparence conventionnelle sur la rentabilité de la concession. Qu'il s'agisse de la personne publique concédante, de l'État par le contrôle de légalité, du juge par le contrôle contentieux, ou de l'usager/administré en cas de demande de communication de documents administratifs, le profit contractualisé aurait le mérite d'en favoriser la justification ou la critique. De même, certte fixation place la relation contractuelle sur une loyauté renforcée. On pourrait ainsi proposer un référentiel suffisamment simple à mettre en œuvre, mais suffisamment intéressant pour que l'autorité de contrôle puisse s'interroger et porter des critiques sur la rentabilité de l'exploitation. Il s'agit du référentiel du taux de rentabilité net qui fonctionne selon le ratio de la rentabilité commerciale soit T.R.net = Résultat net d'exploitation / Chiffre d'affaires. Ce ratio met en évidence la profitabilité de l'exploitation et de l'entreprise du concessionnaire. Son avantage est de retranscrire la performance pure de l'exploitation. Son défaut est qu'il oblige le contrôleur de rapprocher du résultat obtenu, le poids des immobilisations brutes dans les charges d'exploitation totale et qui influent sur le résultat net d'exploitation[1858].

870. Dans notre exemple précédent d'une concession de crématorium, l'utilisation de ce référentiel aurait permis d'analyser comme suivant les résultats du concessionnaire.

[1856] V. *infra,* §2, C.E., 13 févr. 2015, req. n°373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal c. Société Numéricable* ; *A.J.D.A.*, 2015, p. 671, note NICINSKI (S.).

[1857] On regrette toutefois dans cette décision que le juge n'ait pas pris la pleine mesure des outils financiers pour le contrôle de l'équilibre financier. En ce sens, bien que la jurisprudence sur la résiliation unilatérale subordonne systématiquement celle-ci à l'indemnisation du cococntractant à hauteur de la V.N.C., aucune décision n'a considéré qu'une telle indemnisation devait être diminuée de la sur-rémunération générée par un taux de rentabilité déraisonnable ou supérieur à celui convenu au contrat.

[1858] Défaut qui peut être corrigé en calculant l'indice de profitabilité par Ip = Chiffre d'affaires / immobilisations Brut.

Figure 2 - Comparatif des Taux de profitabilité net Prévisionnel et Exécuté

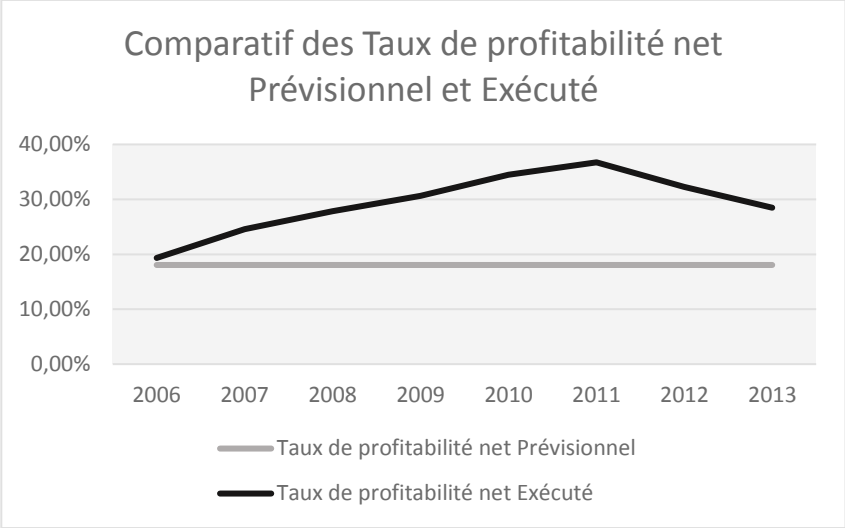


Tableau 5 - Comparatif sur la période des taux de profitabilité net

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Taux de profitabilité net Prévisionnel	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%	18,05%
Taux de profitabilité net Exécuté	19,34%	24,58%	27,85%	30,64%	34,46%	36,74%	32,29%	28,49%	28,59%	29,95%	33,43%

Remarques : *Soit un taux de rentabilité net supérieur de près de 10% à celui autorisé par l'équilibre financier primordial et qui a conditionné les éléments de sa définition. La question du risque réellement supporté se pose irrémédiablement après constatation de l'augmentation constatée du chiffre d'affaires prévisionnel et le chiffre d'affaires réel bien que le raisonnement se fasse en euro constant (prévisionnel) et en euro courant (réel). Pour en limiter l'effet, il est possible de se fonder sur des outils prenant en compte l'érosion des prix.*

871. La légitimisation du profit procède donc par deux étapes. La première, incontournable, relève de l'évaluation du niveau de rentabilité des actifs de la concession. La seconde, elle, consiste à fixer en tant que clause financière, le niveau de profit maximal que le concessionnaire puisse espérer de l'exploitation. Ce niveau de profit, que l'on estime raisonnable pour les parties, est la norme de contrôle de la rémunération du concessionnaire. Toutefois, le choix du critère de contrôle est primordial mais nécessairement imparfait. Le

plafonnement à un cumul de chiffre d'affaires est nécessairement insuffisant (dissimulation potentielle des gains de gestion) ; et le plafonnement au taux de retour sur investissement n'est ni incitatif, ni rationalisant. Il convient alors d'introduire le profit dans le régime de responsabilité du concessionnaire et dans les mécanismes d'évaluation des candidatures et de contrôle de l'exécution. Par exemple, la définition d'un *bénéfice raisonnable de l'exploitation* pourrait être une solution. Son élasticité est ici intéressante pour s'adapter à la notion de risque d'exploitation. La conception du *raisonnable* est quant à elle à définir par un profit plafonné au-delà duquel il ne correspond plus à l'équilibre économique convenu.

872. Seulement, la réalisation de l'évaluation financière est complexe, chronophage, et réservée aux collectivités les mieux structurées. Une proposition pourrait être faite en faveur d'une aide aux collectivités pour le choix du mode de gestion. Cette aide, déjà existante pour le recours aux marchés de partenariat et aux B.E.A. de l'article L.2122-15 C.G.P.P.P.[1859], pourrait se généraliser, sous conditions d'objectivité[1860], aux concessions de service public. Une autre proposition pourrait être d'appuyer le recours aux Chambres régionales des comptes. Si les collectivités territoriales ont l'opportunité de les solliciter, elles ne le font qu'à leur seule initiative et à des fins de contrôle[1861]. La saisine du juge financier préalablement à la conclusion des contrats de concession de service public, pour aviser les autorités publiques sur les conséquences financières de leur choix (impacts sur le budget local, environnement économique, offre des candidats, rémunération des risques transférés, etc.), irait dans ce sens. La liberté contractuelle et la libre administration des collectivités territoriales, en sortiraient probablement renforcées.

Section 2 - Le profit, résultat de l'équilibre économique de la concession

873. La construction de l'équilibre financier par le risque d'exploitation est susceptible d'engendrer différents résultats selon les hypothèses de risque et leur occurrence en cours d'exploitation. En conditions normales d'exploitation, la structure tarifaire et les avantages du

---

[1859] Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, *J.O.R.F.*, n°246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n°19.

[1860] BIRKINSAHW (P.), BREEN (E.), *préc.*

[1861] C.J.F., art. L. 211-8, al.3 : « *La chambre régionale des comptes peut également dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes.* ».

concessionnaire doivent permettre de réaliser un résultat positif. Il est question de marge ou de *bénéfice* lorsque les flux de recettes de toute nature sont supérieurs aux flux de dépenses de toute nature de la concession. Selon le volume du résultat positif, il est question de profit ou de *surprofit* (ou *super-profit*) lorsque le coût du capital n'annule pas le volume des bénéfices engendrés par l'exploitation. Ainsi, ce profit constitue la rémunération du concessionnaire au fur et à mesure de l'exploitation et, à terme, forme son retour sur capital investi. Il est aidé par le droit fiscal et la comptabilité par différents outils, dont l'amortissement de caducité, pour accélérer l'amortissement technique et/ou industriel et diminuer ses résultats avant impôt.

874. À l'inverse, le résultat de l'équilibre économique peut être négatif, pour partie ou tout au long de l'exploitation. Dans ce cas, le concessionnaire ne dégage qu'un faible profit, une rentabilité restreinte, ou ne dégage aucun profit, ce qui correspond à une exploitation structurellement déficitaire. Le retour sur capital investi est alors nul, seul l'amortissement de l'investissement sera au mieux réalisé[1862].

875. Bien qu'elle élude les cas de figure plus complexes, cette présentation réduite a le mérite de montrer que le profit n'est pas un résultat assuré au concessionnaire. Tout du moins, il ne le devrait pas lorsque l'économie du contrat est structurellement « équilibrée » et qu'elle est parfaitement suivie par la personne publique. Ainsi, le profit est espéré, atteignable et légitime puisqu'il est l'expression positive d'un équilibre économique consenti (§1). Ce n'est que lorsque la rentabilité devient excessive, que les interrogations quant à la réalité de l'équilibre se posent. D'abord, parce que l'intérêt général présuppose que la rentabilité soit limitée. L'activité de service public concerne une catégorie spécifique de personnes, l'usager qui bien qu'il se rapproche d'une clientèle commerciale, doit bénéficier d'une tarification adaptée et proportionnée. L'excessivité de la rentabilité sous-entend une surtarification du service public, et appelle la responsabilité des concédants quant à une renégociation des conditions financières de la concession. Les effets de la renégociation sont d'ailleurs significatifs lorsque le contrat arrive à échéance ; la mise en concurrence a ici, des effets bénéfiques car, le maintien dans le temps de la rentabilité excessive du contrat pénalise la

[1862] Il faut rappeler que la durée d'exploitation est liée à l'amortissement des investissements. Le cas échéant, si le concessionnaire ne parvient pas à amortir sur la durée, il existe soit la possibilité de réévaluer les dotations pour amortissement, soit le retour des biens de retour non amortis par paiement de la valeur nette comptable résiduelle.

concurrence et permet au concédant en place de jouir d'avantages injustifiés et injustifiables (§ 2).

Paragraphe 1 - Le résultat positif de l'équation financière

876. L'objectif de l'équilibre financier est d'organiser la remise gratuite à terme des biens nécessaires au service public à la personne publique contre la rémunération du concessionnaire pour l'ensemble des prestations qu'il a fourni et du risque qu'il a supporté en lieu et place du concédant. Deux financements principaux viennent contribuer à ce double objectif. En premier lieu, c'est le niveau des tarifs appliqués dans le cadre du service public principal qui sert de base à l'équilibre financier. Cette base est par la suite complétée par les activités connexes diverses réalisées par le concessionnaire, ainsi que par les avantages financiers qui lui sont accordés. Ce premier bloc de ressources directes, lorsque l'activité fonctionne, doit permettre l'émergence de bénéfices d'exploitation, et donc de résultats d'exploitation positifs (A).

877. Lorsque ce socle de ressources est insuffisant pour la rétrocession des biens gratuite au terme de l'exploitation, ce sont les ressources comptables et fiscales qui viennent en appui de l'équilibre financier pour que le concessionnaire soit en mesure de se rémunérer normalement. C'est ainsi que l'amortissement fiscal de caducité accélère l'amortissement comptable classique du concessionnaire, par une réduction de son impôt. Toutefois, les gains fiscaux sont difficilement perçus par les personnes publiques ; tant parce qu'il s'agit d'une spécificité propre aux concessions, que parce que le droit fiscal n'est pas toujours en phase avec la comptabilité, et que les textes comptables font « faméliquement » état de ce mécanisme dérogatoire (B.).

A. La balance commerciale positive

878. La construction de l'équilibre économique de la concession est une projection positive des attentes en recettes tirées de l'exploitation[1863]. Pour atteindre cette projection, le prévisionnel d'exploitation présente différents indicateurs de réussite. D'abord, il s'agit du

[1863] « *Ainsi, pour chaque concessionnaire, le niveau des tarifs doit permettre à la rentabilité de la concession d'atteindre le coût moyen pondéré de son capital, en moyenne sur une période pertinente et en tenant compte de l'évolution attendue de la performance de gestion de l'entreprise.* », Rapport sur les compensations de services d'intérêt économique général : mise en oeuvre de la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005, *préc.*

chiffre d'affaires de l'exploitation. Le chiffre d'affaires de l'exploitation est égal au produit des tarifs qui est fonction des critères qui matérialisent le risque d'exploitation. Il existe différents cas de figure dont on présente ici simplement les modèles. Pour un service public où le risque de fréquentation est la principale incertitude et qui fait dépendre le succès de l'opération, le chiffre d'affaires de l'exploitation est le produit des tarifs en fonction du passage, de l'usage, ou de l'achat de titre par l'usager. Ce modèle est très courant pour les services publics de sationnement, de transports routiers et ferroviaires, de remontées mécaniques, ou encore d'infrastructures ouvertes au public (piscine, musée, etc.).

879. Lorsque le risque est lié au volume, le chiffre d'affaires est le produit de la consommation des volumes en fonction du tarif d'une unité définie. Ce modèle convient notamment aux services publics qui touchent les biens indispensables aux besoins des usagers, tels que l'eau potable, la collecte des déchets ménagers et/ou leur valorisation, ou encore l'énergie.

880. Aussi, le risque peut être lié à la qualité et à la performance du service. Ce système qui peut être imaginé pour tout type de service public, oblige toutefois la personne publique à introduire dans le contrat des indicateurs de qualité et de performance, des objectifs à atteindre, des niveaux d'objectifs, mais surtout des outils incitatifs et de contrôle adaptés. Ainsi, le concessionnaire doit être intéressé financièrement pour atteindre ces objectifs ou les dépasser ; tout comme il doit être contraint financièrement de les atteindre *a minima*. Le chiffre d'affaires dépendra ici de la réussite et de la performance réalisée, et se déconnecte en tout ou partie de la fréquentation, du volume et de la consommation. Par exemple, ce modèle fonctionne pour le traitement des ordures ménagères, la distribution de l'eau potable et/ou son assainissement.

881. Le chiffre d'affaires est un indicateur d'activité insuffisant mais qui a le mérite d'être très peu modifiable par l'exploitant. Il montre ici la réalité des volumes « vendus » ou prestés par l'exploitant. Il permet de vérifier la *santé* de l'exploitation par comparaison au seuil de rentabilité de l'activité. En d'autres termes, le chiffre d'affaires réalisé peut être comparé à celui déterminé par le quotient obtenu entre les coûts fixes et la marge sur les coûts variables de l'exploitation. Le résultat de ce quotient donne le seuil de chiffre d'affaires à partir duquel l'exploitant dégage des bénéfices d'exploitation. Mais, pour démontrer la rentabilité de l'activité, ce seuil est limité, tout comme ses capacités à révéler le niveau de revenus tirés par l'exploitant.

882. Ainsi, un autre indicateur peut lui être préféré, c'est celui de l'excédent brut d'exploitation (E.B.E.), qui est le solde du compte d'exploitation soit les recettes d'exploitation diminuées du coût de la production et avant déduction des dotations aux amortissements. Son intérêt est évident puisqu'il intègre les recettes de toutes natures perçues par le concessionnaire, dont les subventions d'exploitation et les compensations d'obligations de service public. Il fournit une indication précise de la rentabilité commerciale de l'exploitation mais élude la charge d'investissement (par exemple : coûts de financement) et le coût du capital (rendement exigé par les actionnaires). Il est, en règle générale, l'instrument de mesure du profit dans l'examen de comptabilité[1864].

883. Enfin, la balance de l'exploitation peut être analysée sous l'angle plus complet du résultat d'exploitation. Par cet indicateur, il convient de comptabiliser en produits l'intégralité de la production (exploitation et produits d'immobilisations) et d'en déduire l'intégralité des charges dont les dotations pour amortissement et les dotations pour renouvellement. Son caractère global est intéressant pour mesurer la performance économique de l'exploitation et de ses investissements, sans pour autant tenir compte du coût de financement de l'exploitation. Il est utile pour estimer le volume de bénéfice distribuable[1865] aux actionnaires. Toutefois, il reste un indicateur volatile. En incluant les charges d'investissement, le résultat d'exploitation fait un détour inévitable sur le volume des dotations calculées par le concessionnaire pour amortir les biens. Or, ces données sont très largement occultables, altérables et non vérifiables sans une immixtion profonde dans la comptabilité du concessionnaire, ce qui en fait un outil inefficace, qui doit être complété par une analyse plus profonde du niveau de profit dégagé par les avantages comptables et fiscaux de la concession.

B. L'effet des leviers comptables

884. L'externalisation du service public signifie corrollairement l'externalisation de la comptabilité de l'exploitation. Sa comptabilisation est alors réalisée dans les mêmes conditions que l'exploitation d'une activité classique poursuivie par une société privée. En

[1864] Sur sa base, on peut calculer le taux de marge de l'exploitation. Ce taux correspond au rapport de l'EBE sur la valeur ajoutée de l'activité soit Tx marge = $\frac{EBE}{VA}\ x\ 100$.

[1865] C. de com., Art. L.232-11.

conséquence, l'ensemble des opérations réalisées sont comptabilisées dans les comptes du concessionnaire. Il est question d'unicité comptable[1866].

885. Cette unicité comptable vaut pour la gestion patrimoniale mais dans des conditions qui sont dérogatoires au droit commun. Le plan comptable général (P.C.G.) considère que les biens, quoique biens de retour, sont des actifs financiers comptabilisés par le concessionnaire et dont il a la charge de constater les dépréciations sur la durée de l'exploitation, en lieu et place de la personne publique concédante. Selon la norme comptable internationale, il faut distinguer la comptabilisation de l'actif selon le risque supporté par le cocontractant du décideur public. Ainsi, la norme IFRIC 12 distingue deux hypothèses de *concession* ; soit le cocontractant perçoit une garantie de revenus ; soit il supporte le risque de revenus liés au service qui accompagne la réalisation de l'infrastructure à comptabiliser. Dans le premier cas, les coûts de la construction correspondront à une immobilisation financière, dans le second cas, les coûts correspondront à une immobilisation incorporelle[1867]. Or, puisque les contrats de concession mêlent régulièrement des fonds privés et des fonds publics, il convient d'immobiliser différemment les biens selon les quote-parts de financement et selon le transfert des risques.

886. Cette norme est importante car les contrats de concession peuvent prévoir un système de propriété *hybride* selon lequel les biens nécessaires au service public peuvent être propriétés du concessionnaire ou propriétés *ab initio* de la personne publique[1868]. Dans ce cas de figure, il semble que les biens doivent être immobilisés de la même manière que des biens de retour « classiques » puisqu'ils sont grevés d'une servitude administrative et d'une obligation de remise gratuite à la personne publique en fin de contrat. Cette interprétation se coordonne à la décision du 11 février 2004 d'Eurostat concernant le traitement comptable dans les partenariats public-privé. Selon la décision et au regard du système européen des comptes (SEC95), les actifs sont « *non publics* », lorsque le partenaire privé « *le partenaire privé supporte le risque de construction, et supporte au moins l'un des deux risques suivants : celui de disponibilité ou celui liée à la demande* »[1869].

[1866] Mémento Comptabilité, p. 1616, § 4114.

[1867] V. SCHEVIN (P.), « Contrats de concession de service public : la comptabilisation chez le concessionnaire et chez le concédant », *R.F.C.*, n°444, Juin 2011.

[1868] C.E., 21 déc. 2012, *Commune de Douai*, *préc.*

[1869] Eurostat, Décision n°18/2004 du 11 février 2004.

887. Toutefois, le contrat de concession est profondément singulier sur la gestion des amortissements et des dotations pour renouvellement des biens de la concession. Le contrat de concession de service public impose au cocontractant des obligations patrimoniales qui ont pour objet : la réalisation des infrastructures nécessaires au service public, leur maintien et leur entretien pour une remise en bon état général de fonctionnement, éventuellement leur renouvellement avant le terme du contrat, et enfin les remettre gratuitement à la personne publique. Or, le contrat de concession est un contrat limité temporellement et cette durée ne correspond pas parfaitement à la durée nécessaire au cocontractant pour amortir comptablement l'intégralité de l'investissement réalisé selon la durée d'usage estimée. Pour parvenir à un « *amortissement économique* »[1870] et à un retour sur capital investi, l'article 621-9 du P.C.G. précise que « *le maintien au niveau exigé par le service public du potentiel productif des installations concédées est assuré par le jeu des amortissements ou, éventuellement, par des dépréciations adéquates et en particulier les provisions pour renouvellement. Dans la mesure où la valeur utile d'une installation peut être conservée par un entretien convenable, l'installation ne fait pas l'objet de dotations aux amortissements au compte de résultat du concessionnaire* ».

888. Plus précisément, le concessionnaire bénéficie, en sus de l'amortissement comptable, du droit de constituer des dotations aux amortissements de caducité. L'amortissement de caducité est une méthode financière d'accélération de l'amortissement au bénéfice de l'opérateur concessionnaire pour qu'il puisse reconstituer une capacité d'autofinancement[1871], et s'ajuster sur la durée du contrat pour ne pas entamer la période sur laquelle il a un droit à rémunération[1872]. Il s'agit d'un avantage de trésorerie.

889. Une instruction fiscale de 1928 précise en ce sens que « *les redevances que la société concessionnaire perçoit des usagers au cours de l'exploitation doivent lui permettre : 1° de rembourser, avant la fin de la concession, le capital emprunté ; 2° de reconstituer, dans le*

[1870] *Société Maison Comba*, *préc.*

[1871] « *L'autofinancement correspond à des ressources nouvelles engendrées par l'activité de l'entreprise et que celle-ci parvient à conserver durablement pour financer ses opérations à venir. On dit également parfois qu'il s'agit du « résultat brut » ou du « profit brut » réinvesti dans l'entreprise* », COHEN (E.), *Gestion financière de l'entreprise et développement financier*, EDICEF, 1991, p.194.

[1872] L'amortissement de caducité, contrairement à l'amortissement comptable, ne vient pas constater une dépréciation de valeur ou l'usure temporelle des biens.

même délai, son propre capital ; 3° de tirer, enfin un profit de l'exploitation »[1873]. Cet amortissement de caducité a été officieusement retranscrit par les écrits du P.C.G. de 1975 sans toutefois faire l'objet d'une reconsolidation ou d'une consécration normée postérieure. Il est officiellement repris par la doctrine fiscale. L'amortissement de caducité admis au profit des seules concessions de service public[1874], autorise le concessionnaire à réaliser un supplément de profit financier qu'il présente à son bilan. Par ce moyen, il dégage une marge financière par la voie fiscale en réduisant son résultat brut des dotations aux amortissements de caducité.

890. La pratique de l'amortissement de caducité est un levier comptable et fiscal parce qu'il autorise la reconstitution du capital investissement et réduit d'autant le risque financier de l'opération pour le concessionnaire. S'il est admis, il faut néanmoins en surveiller la consistance[1875], autant dans des conditions normales d'exploitation, que pour la reconstitution d'une indemnité de résiliation anticipée ou pour durée excessive.

891. Aussi, l'amortissement selon les méthodes classiques, amortissement linéaire ou amortissement dégressif, sont des outils comptables à la disposition du concessionnaire pour lui permettre de constater la dépréciation de l'immobilisation. Selon l'utilisation qui en est faite par le gestionnaire, il est possible d'enregistrer des écarts de valeur sur le patrimoine comptabilisé. Par exemple, l'amortissement linéaire se déconnecte progressivement de la réalité physique établie entre les revenus tirés de l'exploitation des biens et l'état physique des biens[1876]. Mais, aussi, l'amortissement dégressif fait apparaître la possibilité d'augmenter le multiplicateur d'amortissement au fur et à mesure de l'écoulement de la durée fiscale d'amortissement[1877]. De la sorte, l'utilisation des deux méthodes comptables d'amortissement aboutit à générer une rentabilité, un écart positif favorable au concessionnaire.

[1873] Instruction pour l'établissement des impôts cédulaires sur les revenus et de l'impôt général sur le revenu, du 31 janv. 1928, Ministère des Finances, disponible : www.gallica.bnf.fr.

[1874] C.E., 11 déc. 2008, req. n° 309427, *Ministre des finances c. SA hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *Dr. fisc*. 2009, n° 17, comm. 290, concl. OLLÉON (L.) ; C.A.A Bordeaux, 1er sept. 2009, req. n° 08BX00188, *Société Laho Centre*, *J.C.P.A.*, n°26, 28 juin 2010, 2209, note VILA (J.-B.) ; B.F. Lefevbre 3/2009, inf. p. 190 ; *R.J.E.P.*, 2009, n° 663, note M. Collet.

[1875] V. *Supra*, Première partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, § 2, B.

[1876] Mémento Comptabilité, p. 1624, §4124

[1877] VILA (J.-B.), Thèse, *préc.*, p. 288 et s.

892. Cette marge financière se trouve en règle générale complétée par les dotations pour renouvellement. Le traitement des dotations prévues pour le renouvellement fut l'objet d'une réforme importante avec la loi de finances pour 1998. Dans son rapport sur la question, Alain LAMBERT mettait en avant les *gains fiscaux* générés par le calcul comptable des dotations pour renouvellement. En ce sens, lorsque le coût de renouvellement estimé des biens de retour excéde le prix de revient de ces biens, le concessionnaire de service public est admis à constituer de telles dotations. Or, plusieurs remarques pouvaient être faites en l'absence de méthodologie contraignante. D'abord, les concessionnaires calculaient les dotations selon un rythme linéaire en fonction du prévisionnel. Puis, les concessionnaires avaient la possibilité implicite de maintenir les dotations pour renouvellement sans coordination avec le plan de renouvellement. L'une des conséquences était par exemple, la constitution de dotations en franchise d'impôts après expiration du plan de renouvellement. L'entrée en vigueur de l'article 5 de la loi de finances pour 1998 a corrigé ces excès. Désormais, le calcul des dotations est réalisé « *dans la limite de la différence entre le coût estimé de remplacement de ce bien à clôture de l'exercice et son prix de revient initial affecté d'un coefficient égal au nombre d'années d'utilisation du bien depuis sa mise en service sur sa durée totale d'utilisation* »[1878]. Et, les dotations sont soumises au préalable de la validité temporelle du plan de renouvellement.

893. En pratique, les dotations constituées pour reconstituer la capacité d'autofinancement des concessionnaires pour le renouvellement des biens ou leur maintien en bon état fonctionnel, sont inscrites sur la ligne gros entretien et renouvellement (G.E.R.) du compte de résultat. Ces dotations permettent une capitalisation par les redevances perçues et leur consommation s'étalonne en fonction du prévisionnel de renouvellement établi et transmis au concédant. Leur solde au terme du contrat constitue une dette du concessionnaire au profit du concédant[1879]. Mais ce solde demeure astreint à l'établissement d'un plan de renouvellement, extracomptable, qui n'est pas systématiquement réalisé par les collectivités locales. Or, en son absence, il est difficile de reconstituer le solde réel des dotations contractuelles[1880].

[1878] LAMBERT (A.), *préc.*

[1879] C.E., 23 déc. 2009, req. n°305478, *Société des Pompes funèbres OGF*, *Contrats et Marchés publ.*, n°115, Novembre 2011, p. 46.

[1880] Conseil de normalisation des comptes publics, Avis du 17 octobre 2014, *préc.*

894. Ces deux méthodes principales et particulières aux concessions de service public ont un effet positif sur l'équilibre économique et sur sa rentabilité. Les concessionnaires se trouvent en pleine mesure de récupérer leur investissement.

895. Par la connaissance de ces méthodes de reconstitution du capital investissement, la personne publique doit s'astreindre à contrôler précisément le concessionnaire par la voie des comptes rendus techniques et financiers. Une analyse seulement liminaire de ceux-ci laisse une opportunité de maximiser les rentes comptables qu'il tire de la gestion du service public. Il peut, par exemple, placer les dotations non consommées sur des produits financiers plus ou moins risqués et rémunérateurs. Il peut aussi user de l'amortissement de caducité pour des biens qui n'y sont pas éligibles. Tel est le cas d'un gestionnaire qui réalise un amortissement de caducité pour des biens mis à disposition (donc non financé par son propre capital) par la personne publique qu'il doit restituer gratuitement, alors même qu'il réalise des travaux d'entretien et de maintenance dont il n'est pas certain d'avoir amorti le coût en fin de contrat[1881]. Ainsi, pour éviter tout excès de rentabilité, le contrôle public doit toujours prendre en référence les données prévisionnelles contractuelles. Avec leur appui, il est possible de comparer les données annuelles et le niveau d'éloignement avec les données prévues *ex ante*. De la sorte, lorsque l'éloignement constaté ne relève pas seulement d'une « bonne gestion », il faut alors s'interroger sur les excès de profitabilité de la concession et sur ses conséquences sur l'équilibre conventionnel.

Paragraphe 2 - Le résultat excessif de l'équation financière

896. Dans la littérature dédiée aux contrats administratifs, il est rarement fait état du déséquilibre économique par les excès de la rentabilité financière ou par un équilibre financier dupé. Le déséquilibre est un état de fait parce qu'il y a la présence d'un cocontractant exorbitant, de sujétions d'exploitation particulières, ou de contraintes d'exploitation méconnues dans les contrats de droit privé[1882]. L'idée selon laquelle le déséquilibre économique n'est pas seulement intrinsèque à la personne publique, mais peut le devenir par

[1881] Car, il faut le rappeler, l'amortissement de caducité a pour première condition le premier financement de la réalisation de l'immobilisation par le gestionnaire. Il n'en va pas ainsi pour une mise à disposition d'un bien déjà réalisé, C.E., 8 févr. 2017, req. n°387620, *Société Groupe Lucien Barrière*, *inédit*.

[1882] V. *Supra*, Titre 1.

les excès constatés de la gestion du cocontractant est assez récente. Le traitement du déséquilibre économique par la rentabilité excessive l'est d'autant plus.

897. Dans ce courant de réintégration des notions de profit, de rentabilité dans l'équilibre économique, plusieurs auteurs ont présenté des liens logiques entre ces notions, tout en soulignant leur ambivalence. Le professeur F. LINDITCH, a relevé dès les premières années de la loi *Sapin*, les difficultés rencontrées par les personnes publiques pour estimer la rentabilité précise des concessions, ainsi que les incertitudes créées quant à la place de l'amortissement dans les contrats à objet financier[1883]. En ce sens, J.-B. VILA a pu démontrer le bienfondé de ces incertitudes et relèver que le risque de déséquilibre économique tirée d'une rentabilité excessive n'est pas étranger à la déconnexion et à l'incomplétude de la transposition de la notion d'amortissement dans les contrats administratifs, et au contrôle de celui-ci par les personnes publiques[1884]. Aussi, L. VIDAL, à l'occasion de différents travaux sur l'équilibre économique, assure que le profit dans les contrats administratifs est une donnée non manichéenne, qui est tant la représentation d'une performance et d'une puissance économique, que d'une insuffisance contractuelle et d'un déséquilibre entre cocontractants[1885]. Enfin, et plus récemment le professeur L. RICHER pose clairement le débat de la place du profit dans les concessions. Il résume que les critiques sur la notion de profit *« procèdent parfois de la remise en cause de la « marchandisation »* (…) ; *mais elles portent aussi sur le niveau des profits, considéré comme excessif, sur l'existence de profits cachés, sur l'absence de partage avec les délégants et les usagers* »[1886]. Cette analyse réaliste sur l'absence de transparence du profit, ou du profit illégitime, permet de tirer deux conclusions intimement liées. Les contrats de concession dont le profit est excessif, soulèvent la question de sa transparence et de l'information du concédant. Si une part de responsabilité lui est imputable quant au niveau de contrôle qu'il effectue, le profit tiré d'une rentabilité excessive met en évidence les carences de l'équation financière et exprime le déséquilibre (A). Or, puisque ce déséquilibre prend naissance dans les relations contractuelles, et ne reflète aucune sujétion ou contrainte particulière d'exploitation, il remet en cause les avantages du concessionnaire et laisse présager une situation contraire au jeu normal de la concurrence (B).

[1883] LINDITCH (F), « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100.

[1884] VILA (J.-B.), Thèse, *préc.*

[1885] VIDAL (L.), Thèse, *préc.* ; *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147, *préc.*

[1886] RICHER (L.), *La concession en débat*, *préc.*, p. 109.

A. L'expression du déséquilibre économique

898. L'apparition du profit comme revenu des excès de l'équation financière trouve sa source dans un déséquilibre qui ne trouve pas sa source première dans « l'équilibre » économique du contrat. En fait, l'équation financière déséquilibrée est une conséquence matérielle du déséquilibre né du rapport de force et de puissance entre deux opérateurs opposés. Il ne peut être nié que la personne publique, autorité publique et puissance publique, laisse présager un rapport de pouvoirs déséquilibré[1887]. à son profit, parce qu'elle est l'intérêt général et, en filigrane, l'État.

899. Toutefois, il ne peut être nié, que le bloc de sujétions et de contraintes imposées au cocontractant dans le cadre d'un contrat administratif portant gestion d'un service public, accroît cette situation de déséquilibre, car l'activité et le contrat ne s'insèrent pas dans le champ du marché économique. Pourtant, le déséquilibre est systématiquement réparé, corrigé, ou adapté, car l'absence d'équilibre est antagoniste avec les principes du droit administratif et exclut la formation du contrat. De plus, la banalisation du recours au contrat, sa spécialisation, et sa catégorisation dans le cadre des *concessions*, réduisent le socle des clauses exorbitantes et les restreignent aux seules prérogatives de puissance publique dont la pratique est fort limitée. Irrémédiablement, ce phénomène tend à faire du contrat administratif, un contrat d'abord[1888]. Or, le contrat n'échappe pas aux opérateurs économiques qui en maitrisent les rouages et les effets. Le déséquilibre inhérent au contrat administratif devient limité ; seuls le pouvoir de coercition et dans une mesure plus réduite aujourd'hui, celui tiré de la mutabilité[1889] du contrat, en sont des résidus.

900. Aussi, si le rapport des pouvoirs juridiques tend vers l'équilibre, il n'en va pas ainsi du rapport de force et des pouvoirs en puissance économique. L'écrêtement des capacités d'investissements des budgets publics et l'accélération exponentielle des recours à des méthodes d'externalisation ou de coopération interne démontrent plus que jamais une rupture entre la puissance économique de la personne publique concédante et celle d'un opérateur économique concessionnaire. Ce rapport est même en déséquilibre total lorsque cet opérateur réalise une majeure partie de son activité pour le secteur public, les *concessions*, et qu'il est

---

[1887] LASBORDES (V.), *préc*.

[1888] V. sur ce sujet, MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Dalloz, 2010, p. 108 et s.

[1889] *Supra*, Titre I, Chapitre II.

référencé comme un des leaders du marché. L. VIDAL analyse prioritairement l'équilibre économique des conventions par ce référentiel de puissance économique. Pour l'auteur, la puissance économique est le premier vecteur de l'apparition du profit. Sa capacité économique, sa puissance sur le marché, son aversion au risque et sa capacité à le maitriser pour non plus en faire un évènement *exogène* mais *endogène* au contrat, transparaissent intimement dans la construction de l'équilibre économique du contrat. Par cette puissance économique, il est en mesure de mieux négocier les clauses tarifaires, de gérer ses coûts, de les diminuer, de transférer le risque vers des tiers, voire de limiter l'application de clauses de sanction[1890], et de dégager des gains invisibles mais biens réels dits de « *goodwill* »[1891].

901. Ainsi, le rééquilibrage du déséquilibre en pouvoir juridique et le creusement du déséquilibre en pouvoir économique ont pour inévitable conséquence la construction d'un équilibre économique par essence déséquilibré à l'insu de la personne publique. Quelques exemples peuvent l'illustrer. L'amortissement de caducité, amortissement financier dérogatoire au profit des concessions, n'est pas systématique et n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les conventions[1892] ou à tous les biens. L'aide fiscale permet au « *concessionnaire de dégager en franchise d'impôt, avant le terme du contrat, les fonds nécessaires au remboursement des emprunts souscrits voire des fonds propres engagés afin de réaliser les équipements abandonnés en fin de contrat à la collectivité* »[1893]. Mais son utilisation est soumise à plusieurs conditions[1894]. Le concessionnaire ne peut en bénéficier que pour les seuls biens de retour[1895] et/ou pour les biens qui en ont les caractéristiques[1896] ; et qu'il a financé par

---

[1890] C'est l'exemble des clauses de *back to back* ou de *step-in right*.

[1891] Le goodwill se définit comme la survaleur économique que le concessionnaire peut espérer de son entreprise, est aussi un avantage non négligeable, notamment en cas de cession de créances, DAVID (E.), « Return on goodwill », *Journal of Applied Business Research*, Mars/Avril 2010, 26, 2, ProQuest Business Collection, p. 93.

[1892] C.E., 8 févr. 2017, req. n°387620, *Société Groupe Lucien Barrière*, *inédit*.

[1893] COLLET (M.), « La pratique de l'amortissement de caducité par les délégataires de service public », *Dr. fisc*,.n°17, 23 avr. 2009.

[1894] V. VILA (J.-B.), « L'amortissement de caducité dans les contrats administratifs : une exception fiscale toujours réservée aux concessions de service public », *J.C.P.A.*, n°26, 28 juin 2010, 2209.

[1895] Qu'ils soient renouvelables ou non en cours d'exploitation. Dans la même idée, cela concerne tous les biens, qu'ils soient amortissables ou non, ce qui permet d'utiliser l'amortissement de caducité notamment sur des terrains de la concession.

[1896] Tel n'est pas le cas lorsque la remise gratuite à la personne publique est soumise à une condition préalable de prolongation contractuelle, C.E., 11 déc. 2008, req. n° 309427, *Ministre des finances c. SA hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *préc.* ; C.E., 14 janv. 2008, req. n°297541, *Société SOGEPARC*, *R.J.E.P.*, n°655, Juillet 2008, étude 6, COLLET (M.).

ses propres moyens[1897]. Les biens remis après indemnisation, même résiduelle, ne peuvent bénéficier de l'amortissement de caducité y compris sur la part non indemnisée[1898]. Aussi, l'amortissement n'est que partiel. Il est un complément de l'amortissement comptable et n'est valable que dans l'hypothèse où la durée d'exploitation est insuffisante pour reconstituer l'intégralité du coût de l'investissement. De la sorte, il se calcule sur la seule part non amortissable sur la durée contractuelle[1899]. Or, le respect des conditions cumulatives n'est pas sytématique. Il n'est pas rare de voir appliquer dans les contrats l'application de l'amoirtissement de caducité alors que : la durée contractuelle est suffisante pour l'amortissement technique, que l'investissement a été partagé, ou que le calcul de l'amortissement de caducité englobe des coûts déconnectés de l'investissement. Alors, le déséquilibre économique qui en découle, implicite, s'explique par plusieurs phénmènes. D'abord par le caractère *officieux* et ses conséquences purement fiscales. Or, le droit fiscal s'applique indépendemment du contentieux contractuel et échappe ainsi au contrôle de l'équilibre économique. Puis, par l'insuffisance du contrôle des concédants. Celui-ci se limite souvent à une vérification juridique et non profondémment financière. La rentabilité du contrat n'est pas reconstruite par la comparaison nécessaire entre les données prévisionnelles, les flux financiers escomptés, l'amortissement de caducité qui en a été déduit, et la réalité de l'exploitation, et enfin, par l'asymétrie d'informations qui nait de la combinaison des phénomènes précédents. La personne publique concédante s'expose de manière incidente aux méthodes de lissage des résultats[1900], ou au pire leur manipulation[1901]. De la sorte, les décalages entre amortissements présentés et amortissements réels organisent un supplément de

---

[1897] Lorsque le concessionnaire reçoit une subvention d'équipement, le montant de l'aide vient en déduction du coût de revient du bien retenu pour calculer l'amortissement de caducité, C.E., 2 juill. 1965, req. n°53698, 53902, *R.O.*, *Leb.*, p. 379 ; C.E., 2 févr. 1965, req. n°53903, *Établissements X.*.

[1898] *Ibid.*

[1899] « *Quoi qu'il en soit, la règle générale applicable, en pareil cas, est que le total des déductions effectuées au titre de l'amortissement de caducité ne saurait excéder celui qui doit être normalement pratiqué pour reconstituer l'ensemble des capitaux investis dans le domaine concédé eu égard au prix de revient total des installations et à la durée de la concession.* », paragraphe 20, BOI-BIC-AMT-20-40-40, du 12 sept. 2012.

[1900] CHALAYER ROUCHON (S.), « Le lissage des résultats : éléments explicatifs avancés dans la littérature », *Revue C.C.A.*, Association Francophone de Comptabilité, Vuibert, 1995, 2, p. 89 à 104.

[1901] CHALAYER ROUCHON (S.), « La manipulation des variables comptables à des fins de lissage des resultats », *Modèles d'organisation et modèles comptables*, Mai 1995, 2, p.1207 à 1222 ; VILA (J.-B.), *Recherche sur la notion d'amortissement en matière de contracts administratifs*, *préc.*, p. 288 et s.

rentabilité illégitime et imperceptible[1902]. Leur destination est directement flêchée dans la marge nette bénéficiaire du concessionnaire[1903].

902. La constitution des dotations pour maintenance[1904] et pour renouvellement déductibles de l'impôt du concessionnaire a longtemps cristallisé les débats sur les profits cachés du concessionnaire. En premier lieu, ce sont les dotations pour renouvellement qui ont fait l'objet d'une *publicité* particulière par les moyens mis en œuvre par les concessionnaires pour les maximiser. Les dotations pour renouvellement sont des provisions fiscales[1905] qui permettent au concessionnaire de constituer un compte de financement des biens soumis à une obligation de renouvellement au contrat et qui font remise gratuite au concédant[1906]. Elles correspondent à la valeur de remplacement et sont calculées en fonction de la durée normale d'amortissement. Elles sont constituées par prélèvement d'une quote-part sur le tarif des redevances perçues sur les usagers[1907]. Selon les contrats et selon le service, ces dotations peuvent atteindre des volumes très importants. Il en va ainsi dans les concessions de distribution de l'eau potable, ou d'énergie[1908]. À cet égard, les concessionnaires maitrisent parfaitement les dotations aux renouvellements et certaines dérives sont recensables. Ils ont

---

[1902] COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la république suivi des réponses des administrations et organismes intéressés, Décembre 2003, *préc.*, p. 48.

[1903] « *Il s'agit donc là d'un indu perçu qui vient accroître la marge nette bénéficiaire du cocontractant* », VILA (J.-B.), *Contrats et Marchés publ.*, n°5, Mai 2010, étude 5, *préc.*

[1904] L'entretien n'étant pas des travaux accroissant l'actif du concessionnaire ou prolongeant sensiblement la durée de vie de l'immobilisation, C.E., 24 juill. 1981, req. n°17972, *M. X.*, *Leb.*, tables.

[1905] C.G.I., Art. 39 : « *La provision constituée par l'entreprise en vue de faire face à l'obligation de renouveler un bien amortissable dont elle assure l'exploitation est déductible, à la clôture de l'exercice, dans la limite de la différence entre le coût estimé de remplacement de ce bien à la clôture du même exercice et son prix de revient initial affectée d'un coefficient progressif. Ce coefficient est égal au quotient du nombre d'années d'utilisation du bien depuis sa mise en service sur sa durée totale d'utilisation*. ».

[1906] « (…) *pour autant que ces biens acquis en remplacement dans le cadre de l'obligation de renouvellement soient destinés à être transférés gratuitement, en fin de contrat, par* (…) *le concessionnaire à l'autorité concédante* », BOI-BIC-PROV-30-30-20-10, du 16 sept. 2013, paragraphe 130.

[1907] « *Si une délégation comporte une responsabilisation du concessionnaire qui s'engage "à ses risques et périls", il ne saurait en résulter une déresponsabilisation, éventuellement subie, de la part de la collectivité délégante qui représente l'ensemble des abonnés et doit s'assurer à ce titre que la tarification corresponde à une réalité économique.* », CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DU NORD PAS-DE-CALAIS, Avis n°97-0079, 6 février et 6 mars 1997 sur l'avenant n° 6 au traité de concession conclu le 27 septembre 1985 entre la Communauté urbaine de Lille et la Société des eaux du Nord à Lille pour la distribution de l'eau.

[1908] Rapport public annuel 2013, février 2013, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, p. 155 et s.

l'opportunité de placer ces dotations sur des produits financiers pour en tirer des intérêts supplémentaires. Autrement, les concessionnaires ont à loisir l'opportunité de demander au concédant des subventions d'équipement, ou de faire modifier les clauses financières du contrat au motif de travaux supplémentaires. Ainsi, elles ne puisent pas dans les comptes dédiés au renouvellement, tout en maintenant la perception sur les redevances et pour accroître leur volume de placement. Ainsi, bien que soumise à l'obligation de reprise pour non utilisation dans la comptabilité de résultat de la concession, le concessionnaire perçoit un *gain de gestion* correspondant aux intérêts de placement. Enfin et plus curieusement, certaines conventions ne se souciaient pas du retour automatique des dotations au profit du concédant au terme du contrat. Ces méthodes irrégulières ont été dénoncées à maintes reprises[1909] par les juridictions financières comme déréglant l'équilibre économique. Au-delà, cela pose aussi la question de la loyauté contractuelle du concessionnaire qui ne respecte pas le prévisionnel établi *ex ante* sur lequel il s'est engagé.

903. En second lieu, les travaux qui ne constituent pas des renouvellements, peuvent faire l'objet de provisions pour gros entretien ou pour grandes révisions[1910]. Celles-ci sont identiquement déductibles de l'impôt sur les sociétés si les dépenses excèdent, par leur nature et leur importance, les travaux d'entretien ou de réparation courants[1911]. Ne sont justifiées que les dotations qui suivent un plan cyclique de maintenance et d'entretien[1912] et qui donnent lieu à des travaux effectifs[1913]. Le cas des dotations pour révisions, grandes révisions ou pour renouvellement est plus ou moins bien traité par les concédants. S'ils introduisent désormais

---

[1909] Dans plusieurs lettres d'observations, les Chambres régionales des comptes ont pu relever, particulièrement dans le service d'eau et d'assainissement, que les provisions pour renouvellement calculées par les délégataires de service public ont tendance à préférer « *porter la provision à son niveau maximal plutôt que* [d'assurer] *un provisionnement effectué en fonction des travaux à venir* » ; C.R.C. Ile-de-France, lettre d'observations définitives du 7 sept. 2000 sur la gestion de la production et de la distribution de l'eau potable et non potable à Paris, point 2.8.3.

[1910] V. *Supra.* BOI-BIC-AMT-20-40-40, Paragraphe 50 : « (…) *les immobilisations qui n'auront pas à être renouvelées avant la fin de la concession mais qui devront alors être transférées en bon état de marche à l'autorité concédante sont, de leur côté, susceptibles de donner lieu à la constitution de provisions ayant pour objet de faire face au coût des travaux nécessaires à leur remise en état. Ces provisions, admises en déduction des bénéfices imposables sous la même réserve que les provisions pour renouvellement doivent être calculées de façon à répartir la charge dont il s'agit sur toute la durée de la concession ou, dans le cas où celle-ci serait déjà en cours, sur toute la période restant à courir jusqu'à son expiration.* ».

[1911] Mémento pratique, F. Lefebvre, Fiscal 2014, n°9905.

[1912] C.E., 8 juill. 1987, req. n°49158, *S.A. GARDINIER*, *Leb.*, inédit : en l'espèce, les provisions ont pu être constituées au profit de la S.N.C.F., dans le cadre des réparations et de l'entretien de ces wagons.

[1913] C.E., 1er févr. 1978, req. n°03490, *R.J.F.*, 3/78 n°78.

une clause pour leur retour, il convient d'encourager leur contrôle et leur suivi et ce, pour qu'elles soient toujours justifiées au titre de la proportionnalité entre contrepartie et redevance de service public. Un plan prévisionnel de renouvellement et une lecture extracomptable correspondante devraient être généralisés par les autorités concédantes.

B. La permanence d'un avantage anticoncurrentiel

904. La construction de l'équilibre économique est en règle générale astreinte à l'octroi préalable d'avantages et compensations au concessionnaire pour que celui-ci accepte de poursuivre l'exploitation et d'en assumer les contraintes et les conditions particulières. Pour que le cocontractant puisse exploiter dans des conditions normales, il doit pouvoir recevoir la compensation des sujétions de service public qui lui sont imposées et qui, en l'absence, feraient supporter un risque d'exploitation sans équivalence sur le marché économique. Il y a là une forme de particularité propre aux conventions de concessions[1914].

905. Ces avantages et compensations ont un objectif commun, celui d'assurer que l'équilibre économique permette au concessionnaire de dégager suffisamment de recettes pour qu'il puisse amortir les biens[1915], et qu'il puisse parvenir à un retour sur capital investi soit sa marge nette bénéficiaire. Aussi, le droit européen ne sanctionne pas la rentabilité des SIEG[1916] mais plutôt encourage cette économie par la volonté de replacer les gestionnaires de SIEG dans une position d'équilibre sur le marché. Il use même de la rentabilité du marché pour faire un comparatif économique avec le volume nécessaire de compensations d'obligations de service public pour, combler financièrement le surcoût des obligations de service public et permettre un *bénéfice raisonnable*. Le « paquet Almunia » détermine le bénéfice raisonnable par référence au « *taux de rendement du capital qu'exigerait une entreprise moyenne considérant l'opportunité de fournir le service d'intérêt économique général pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque* »[1917]. Autrement expliqué, le droit européen estime le bénéfice raisonnable par rapport au T.R.I. de la convention, soit sa rentabilité.

[1914] Pour Jacques CHEVALLIER, le service public est une « *armature de la vie sociale* », qui est « *venu à occuper une position structurelle et structurante dans la société française* (…)*, le statut monopolistique dont ils bénéficient* (les organismes de gestion) *accuse leur particularisme, en les soustrayant à la contrainte du marché* », CHEVALLIER (J.), *Le service public*, *préc.*, p. 94 à 95.

[1915] Leur amortissement, leur renouvellement et leur maintenance et entretien dans un bon état de fonctionnement.

[1916] Jurisprudence *Paul Corbeau*, *préc.*

[1917] COM 2012/C, point 61, *préc.*

906. Or, si la rentabilité d'une exploitation n'est pas contraire au droit européen de la concurrence y compris lorsque le gestionnaire bénéficie de droits et compensations extraordinaires, ce n'est que dans la limite d'un bénéfice raisonnable, et de ce que le marché autoriserait. C'est une exigence de rentabilité limitée[1918]. Littéralement, la rentabilité n'est admise que par comparaison avec l'équilibre macroéconomique, ce qui exclut tout excès concurrentiel généré par l'octroi d'une position privilégiée de gestionnaire de SIEG. Il faut comprendre ainsi que les droits et avantages dont le concessionnaire jouit au titre de la convention ne se justifient que dans cet environnement prédéfini. S'il parvient, par l'équilibre économique lui-même ou par sa maitrise personnelle des informations de l'exploitation, à dépasser ce qui est autorisé en rentabilité et profit par la convention, alors il se place dans une situation abusive, contraire aux intérêts du marché économique et donc contraire au droit européen. Le maintien dans le temps de cette situation excessive engendre la permanence d'avantages anticoncurrentiels.

907. Ainsi, lorsque la rentabilité est excessive il n'est d'autres solutions que d'envisager le rééquilibre par l'ajustement des avantages nécessaires et des surplus d'avantages acquis par le concessionnaire (baisse des tarifs, diminution des C.O.S.P., pratique de l'amortissement de caducité) ou de lui en retirer purement et simplement le bénéfice. Dans l'hypothèse inverse, il faut rappeler que les droits exclusifs et les C.O.S.P. ne sont octroyés que pour que le service puisse fonctionner normalement. S'il est démontré que le service peut fonctionner normalement sans ces droits et compensations, le SIEG retombe dans le champ ordinaire de l'article 106 T.F.U.E. Ainsi, en perdant de son objet, tant les droits préférentiels que les C.O.S.P., se transforment en aide d'État dont la compatibilité avec le marché européen doit être assurée. Leur maintien sans compatibilité contrevient directement aux intérêts de l'Union européenne[1919]. De même, l'absence de décision administrative régulatrice de la situation du concessionnaire place ce dernier dans le champ d'application de l'abus de position dominante. Car, en accordant des avantages injustifiés à son gestionnaire, l'autorité concédante lui offre des conditions d'exploitation qui rompent avec le libre jeu de la concurrence, particulièrement lorsque la pratique tarifaire est plus attractive que celle des entreprises non aidées, ou que les

---

[1918] COSSALTER (P.), *préc.*, p. 731.

[1919] « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* », T.F.U.E., Art. 106.

facilités mises à disposition permettent au gestionnaire de diminuer ses coûts globaux, activités d'intérêt général ou non.

Conclusion du Chapitre I

908. Pour replacer le profit dans son contexte de l'équilibre économique, il convient de s'assurer de sa connaissance, de sa transparence, et de son contrôle. L'évaluation de la rentabilité d'une concession est indispensable mais, seule, insuffisante pour s'assurer que la rentabilité se maintient à un niveau raisonnable. Les usages comptables des entreprises leurs font bénéficier d'un avantage informationnel par la voie duquel le risque de manipulation des données fournies devient conséquent. Il faut donc se résoudre à inscrire le profit du concessionnaire dans les clauses financières avec une certaine précision. Plusieurs raisons plaident en ce sens. D'abord, le profit n'est pas en soi une erreur de l'équilibre économique, mais son fruit, dû au concessionnaire pour l'investissement, le savoir-faire, la valeur ajoutée et le risque qu'il supporte. Puis, parce que le profit tiré de l'exploitation est à mesurer avec les règles du marché, ce qui oblige nécessairement les parties à opter pour un contrôle affiné des flux de recettes autorisées au concessionnaire. La difficulté est alors d'identifier toutes ces recettes, des recettes physiques, facilement appréhendables par le chiffre d'affaires de l'exploitation, aux recettes de gestion dissimulables par le concessionnaire. Ainsi, l'inscription claire et non équivoque d'une limite raisonnable sur le fondement référencié au marché économique, s'impose autant comme une évidence qu'une réelle obligation favorable à la sécurité juridique de l'équilibre économique.

Chapitre II - Le profit conventionnel, garantie de l'équilibre

909. L'équilibre économique de la convention de concession est construit de manière à faire coexister deux intérêts divergents que sont l'intérêt général et l'intérêt du cocontractant. Précisément, ces intérêts divergents viennent à se rencontrer pour la définition du financement du service public. Le pouvoir adjudicateur doit habilement concevoir la concession comme un contrat utile à la collectivité et rentable économiquement. Les outils dont il dispose sont la constitution des recettes et la durée de la convention. Le concessionnaire, lui, doit disposer des fonds nécessaires à l'investissement et projeter leur récupération augmentée d'une marge nette bénéficiaire pour se rémunérer sur l'opération et sur l'exploitation. D'aucuns parlent ici de juste rémunération ou de bénéfice raisonnable[1920] pour matérialiser l'*équivalence honnête*[1921], juste, à laquelle le concessionnaire a droit.

910. L'idée d'une juste rémunération est ancienne. Elle a participé à la conception moderne de l'économie générale des concessions de service public. De manière succincte[1922], la jurisprudence a retenu diverses formules pour la caractériser. On a pu parler alors « *d'équitable rémunération* »[1923] ou encore de « *bénéfice normal* »[1924]. Certains auteurs[1925] ont ainsi identifié que la juste rémunération est une condition de légalité de la convention car celle-ci est fondée sur la cause de l'obligation du cocontractant. Aussi, en élargissant l'application de la loyauté à la phase précontractuelle et aux prévisionnels des comptes d'exploitation, toute rémunération excessive induite par une asymétrie volontaire d'information est constitutive d'un vice du consentement[1926]. La rentabilité excessive de l'exploitation est alors une faute contractuelle de nature à entraîner soit des sanctions

---

[1920] V. COSSALTER (P.), *préc.* ; ZIANI (S.), « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *préc.*

[1921] BLUM (L.), conclusions sous C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie française des tramways*, *Leb.* p. 218.

[1922] *Ibid.*

[1923] C.E., 23 mai 1936, *Commune du Vésinet*, *op. cit* ; C.E., 17 déc. 1997, req. n°181611, *Ordre des avocats à la cour de Paris, préc.*

[1924] C.E., 31 oct. 1980, req. n°s 10712 10740 10742, *Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire et Ministre des transports c. Société du port de pêche de Lorient*, *Leb*., p. 399.

[1925] ZIANI (S.), *Supra.*

[1926] « (…) *ce calcul d'équivalence est essentiel au contrat, bien qu'il soit étranger à sa constitution juridique et qu'il n'en modifie pas la nature par la raison qu'il est la base, le fondement même, de l'accord, du consentement* », BLUM (L.), *Ibid*.

contractuelles soit une résiliation unilatérale par la personne publique pour motif du déséquilibre.

911. Celle du bénéfice raisonnable est au moins tout aussi ancienne[1927], mais doit sa notoriété actuelle par son intronisation en tant que norme de référence pour le calcul des C.O.S.P. L'opérateur qui exploite un SIEG a le droit de tirer des recettes de ce service, éventuellement compensées pour des obligations de service public dans la limite d'un bénéfice raisonnable. La technique du bénéfice raisonnable est d'application rationnelle et objective[1928]. Elle est constituée de tous les éléments de recettes espérés par l'opérateur qui exploite le service voire de tout ou partie des « *bénéfices tirés d'autres activités ne relevant pas du service d'intérêt économique général en question* »[1929]. L'équilibre économique est indexé au *bénéfice raisonnable* qui est ainsi une émanation d'une comparation analytique entre le SIEG et une activité comparable sur le marché. L'équilibre économique de la convention est rompu lorsque l'équilibre macroéconomique l'est aussi.

912. Néanmoins, qu'il s'agisse de juste rémunération ou de bénéfice raisonnable, les deux notions n'ont que faiblement contribué à assurer à l'autorité concédante des outils suffisants pour contrôler la rémunération du concessionnaire. Certes, l'autorité concédante peut user de la sanction, mais celle-ci n'est pas rétroactive et ne prévient pas le déséquilibre ; au mieux elle l'écourte. Le bénéfice raisonnable quant à lui, indique bien qu'il revient aux autorités publiques de calculer un T.R.I. pour mesurer le volume de C.O.S.P., mais il se limite aux seules compensations et n'a pas été généralisé par le droit européen à tous les contrats de gestion d'activités publiques soumises aux règles du marché. Ainsi, il ne permet pas d'analyser l'intégralité de l'équilibre économique dans les concessions de service public, seulement la partie afférente aux obligations de service public.

[1927] « *Après avoir établi son prix de revient en y comprenant les dépenses d'exploitation et en prévoyant un bénéfice commercial raisonnable,* [la régie municipale] *fixa son tarif de vente de triperie* (…) *en les juxtaposant à ceux des triperies libres pour faciliter la comparaison avec ces dernières* », MARTIN (E.), « La régie municipale de la viande à Montpellier pendant la guerre », *Les annales de la régie directe*, n°95-98, Mars-Juin 1917, p. 126.

[1928] L'article 111 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de mondernisation de notre système de santé utilise la référence au *taux de bénéfice raisonnable* pour contrôler les compensations financières cotroyées aux établissements de santé dans le cadre de leurs missions de service public (C.S.P., Art. L.6116-3).

[1929] Décision de la Commission du 20 déc. 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, C(2011) 9380 final.

913. De même, ces deux notions n'ont pas permis de réduire les difficultés des personnes publiques pour mettre en relation chacun des éléments composants l'équilibre économique. Les résultats d'exploitation ont ainsi longtemps été la seule norme de contrôle[1930]. Or, le profit est fongible et se dissimule aussi bien dans la fixation des tarifs que dans les prolongations de durée, et s'amplifie par l'absence de contrôle approfondi de l'autorité concédante. Pourtant, la rémunération du cocontractant tirée d'une activité de service public, ne saurait être sans limites. La conception de la rentabilité limitée des SIEG[1931] doit avoir une influence directe sur l'ensemble de l'équilibre économique. Le service public peut être rentable, intéressant financièrement, mais concentré dans un environnement d'intérêt général qui exclut l'enrichissement injustifié.

914. En conséquence, que l'encadrement de la rémunération fasse référence à l'équité ou à la raison, l'objectif est le maintien en filigrane de l'intérêt général dans les éléments de l'équilibre financier. Le profit tiré de l'équilibre économique doit être défini avec précision dans le cahier des charges et être explicitement indexé au risque d'exploitation. Le bénéfice raisonnable, en tant que notion homogène sur le territoire de l'Union européenne, peut en être le support de définition (Section 1). Cet effort vers la transparence doit alors se matérialiser par des mécanismes de régulation contraignants, limitant ou inhibant toute possibilité d'accroissement indue de la rentabilité de l'exploitation. De cette manière, l'équilibre économique garantira le profit du concessionnaire tout en se prémunissant du profit excessif (Section 2).

Section 1 - L'intégration du profit par le bénéfice raisonnable

915. Le profit peut être intégré au contrat à la condition d'être raisonnable. Pour ce faire, il doit retranscrire une équité financière transparente. De prime abord, le référentiel du bénéfice raisonnable est celui qui s'impose en tant que notion vouée à l'harmonisation. Désormais encadré par le droit européen, l'équilibre économique des *concessions* y gagnerait ainsi en cohérence. Le bénéfice raisonnable a toutefois deux inconvénients majeurs. En premier lieu, il

[1930] Par la voie de la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation, la jurisprudence s'est principalement concentrée que sur le point de savoir si les conventions répondaient à cette obligation, et non sur le fait de savoir si la rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation y était ou non excessive.

[1931] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, L.G.D.J., 2015, p. 317 à 328.

s'agit d'une notion abstraite[1932] et peu bornée[1933], sujette à interprétation et à la subjectivité. Il nait d'une comparaison sur le marché, mais aussi de ce qui parait raisonnable aux parties. L'inscription de ce bénéfice raisonnable dans une procédure de mise en concurrence suffit aisément à en justifier la définition, d'autant plus que le contrôle juridictionnel se limite ici à l'erreur manifeste d'appréciation.

916. En second lieu, le bénéfice raisonnable s'applique aux obligations de service public. Sa transposition à l'ensemble de l'équilibre économique suppose une adaptation de sa définition et de son extrapolation aux seules sujétions de service public[1934]. La grille de lecture du *bénéfice raisonnable* doit être applicable à l'ensemble des ressources du concessionnaire en fonction de ses obligations de service public ou non. Ainsi, le bénéfice raisonnable analyserait l'équation de l'équilibre financier en totalité, y compris la durée d'exploitation ou l'amortissement des actifs[1935]. Sa conception serait en conséquence antinomique avec une évaluation *ex ante* figée dans le temps[1936]. Pour que l'équilibre économique soit lu par le prisme du bénéfice raisonnable, il conviendrait de s'assurer que le profit tiré de la rémunération globale du concessionnaire est à chaque instant de l'exploitation, équitable (§1) et raisonné pour être limité (§2).

Paragraphe 1 - Le profit équitable

917. Le profit est le fruit naturel de l'équilibre économique tel que conçu dans les concessions de service public. Le professeur Jean DUFAU relevait ainsi que « *en pratique, (…)*

[1932] Une définition donnée par le droit européen du bénéfice raisonnable est qu'il est un « *un taux de rémunération du capital propre qui prend en compte le risque, y compris celui pesant sur les recettes, ou l'absence de risque, encouru par l'exploitant* (…) *et qui est conforme au taux moyen constaté dans le secteur concerné au cours des dernières années* », Directive 2012/34/UE, Art. 3, (17).

[1933] Mais, en se référant à la moyenne du marché, la définition du bénéfice raisonnable exclut les particularités du service public et exclut la question difficile de savoir si l'économie d'un service public doit être comparable à celle d'une activité purement économique. Néanmoins, cette définition conduit l'idée selon laquelle l'activité de service public ne peut être plus rémunératrice qu'une activité économique moyenne équivalente sur le marché.

[1934] V. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section 2, §2, B-2.

[1935] VILA (J.-B.), *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, p. 417 à 420, *préc.*

[1936] Par exemple, l'article L.122-10 du code de la voirie routière dispose que « *les revenus additionnels des tarifs de péages résultant des modifications mentionnées à l'article L. 122-8 couvrent, outre les dépenses de toute nature mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 122-4, l'amortissement des capitaux investis par le délégataire ainsi qu'une rémunération raisonnable et conforme aux conditions du marché, tels qu'ils peuvent être évalués avant la conclusion de l'avenant* ».

les tarifs étaient calculés de façon à permettre au concessionnaire non seulement d'équilibrer ses recettes et ses dépenses mais encore de réaliser des bénéfices »[1937]. Cette acceptation de l'équilibre économique est une illustration du contrat comme objet économique et comme une créance. Toute entreprise qui engage des investissements et qui exploite une activité, qui produit une richesse, trouve dans sa rémunération une certaine justice[1938] des efforts qu'elle a fournis. Cette justice est inscrite dans l'équilibre économique de la concession. La rémunération du concessionnaire en est une expression courante calculable de diverses manières ; le profit qu'il en tire est le cumul de cette rémunération sur l'ensemble du contrat ajouté des avantages de toute nature dont il a joui sur cette période.

918. Par la permanence de l'intérêt général pour lequel le concessionnaire œuvre, le profit qu'il tire *in fine* de l'exploitation ne peut être dérégulé. La notion de service public et la présence de redevances perçues en contrepartie, ont toujours suggéré l'existence d'une proportionnalité raisonnable et équitable, intéressante pour le gestionnaire mais limitée. Il faut repartir de ce postulat d'adéquation entre l'objet économique et l'objet social du service concédé. C'est donc par là que doit s'apprécier la justesse de la rémunération et la pertinence des avantages économiques qui lui sont octroyés. Pour que l'équilibre économique conventionnel en soit une efficace combinaison, il s'agit d'abord d'évaluer une rémunération du gestionnaire qui doit être juste en équité et juste en quantité (A). Aussi, l'appréciation de la justice et de la justesse doit dépasser le contrat lui-même. L'intérêt de l'activité pouvant être transfrontalier, l'équilibre économique de la convention ne doit pas être en décalage avec l'équilibre économique du marché économique. C'est en ce sens que le bénéfice raisonnable a été instauré et c'est en ce sens que le bénéfice raisonnable transposé à l'équilibre économique entier d'une concession doit être interprété (B).

A. Le juste équilibre économique dans la concession

919. La *juste rémunération* ou toute autre formulation[1939] de la rémunération équitable du concessionnaire, remplit deux conditions par l'apposition préalable du « juste ». Parce que

---

[1937] DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, *préc.*, p. 18.

[1938] SCHUMPETER (J. A.), *préc.*

[1939] Il s'agit avec le « bénéfice industriel normal » ou le « bénéfice normal » des termes les plus couramment utilisés pour limiter la rémunération du cocontractant de l'administration. Pour une étude sur la *juste rémunération* dans les pays européens, COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 737 à 744.

l'équilibre économique a été principalement conçu comme un « droit » financier du cocontractant, la rémunération qu'il tire de l'équilibre économique a les aspects d'une justice financière conventionnelle. Le concessionnaire a le droit de percevoir les recettes de l'exploitation et a le droit de se constituer une marge nette bénéficiaire. Ce droit financier *justice* s'exprime parfaitement à travers le maintien d'un *certain équilibre financier* lorsque des évènements exogènes au concessionnaire s'imposent à lui, sans pour autant lui retirer ce « droit » à être rémunéré de ses efforts (1). Mais, parce que l'équilibre financier porte sur un objet d'intérêt général, le financement du service public et la rémunération du concessionnaire, ne peuvent être que proportionnés à ces efforts et à leur valeur ajoutée. Ainsi le *juste* représente une *justesse* de l'équilibre économique, soit l'équilibre par lequel la rémunération totale du concessionnaire correspond peu ou prou aux attentes moyennes du marché pour réaliser ces prestations (2).

1. La justice par l'équilibre économique

920. L'équilibre économique du contrat de concession présente une justice contractuelle fondée sur son économie générale. Les études et les ouvrages ont largement abondé en ce sens pour faire de l'équilibre économique un droit soit une condition *légale* de la convention[1940]. Alors « *il est de l'essence du droit d'offrir aux contractants l'assurance d'un minimum de justice afin d'éviter les abus résultant d'un rapport de force déséquilibré* »[1941]. L'équilibre économique est ainsi né de la commune intention des parties et il doit être maintenu tout au long du contrat.

921. Selon Jean DE SOTO, l'équilibre économique est ainsi « *une norme fondamentale* » qui a pour principale vertu une proportionnalité constante des contreparties respectives. L'équilibre économique, véritable, a la faculté de s'auto-maintenir : « *Les obligations des parties sont censées avoir été calculées de telle sorte qu'elles se balancent au point de vue financier et le juge du contrat devra s'effortcer de maintenir coûte que coûte cet équilibre. Les prestations des contractants sont en corrélation les unes avec les autres et si celles de l'un d'eux augmentent ou diminuent, il est conforme à l'équité et au but du contrat (et à la commune*

[1940] C. civ., Art. 1103.

[1941] GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.*, 1999, p. 352.

intention des parties) que celles de l'autre varient dane le même sens »[1942]. La justice contractuelle par l'équilibre économique ne souffrirait alors d'aucuns maux.

922. Certains auteurs ont d'ailleurs rapproché la juste rémunération de la cause contractuelle. La cause, si elle n'est pas définie strictement par le droit administratif positif[1943], s'apprécie par analogie avec la cause en droit des contrats privés[1944]. L'ex-article 1108 du Code civil disposait que la validité du contrat reposait sur quatre conditions cumulatives qu'étaient « *le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ». Cette cause licite, basée sur le respect de « *l'ordre public et les bonnes mœurs* »[1945] sous-entend une obligation de moralité[1946] de la cause. Sur ce fondement, la jurisprudence civiliste a pu, par appréciation de la subjectivité de la cause, construire un instrument de rééquilibrage de l'économie générale des contrats qui étaient excesivement inéquivalents[1947]. Si la cause contractuelle a disparu des conditions légales de formation des contrats, la réforme du droit des obligations a maintenu la condition de licéité des contrats[1948] et a renouvelé l'équité contractuelle comme condition de l'existence[1949] des obligations respectives[1950].

923. Cette appréciation d'une juste rémunération dans le contrat de concession ne peut toutefois se satisfaire d'une explication par la seule *honnêteté* de la cause contractuelle. Il faut préférablement avancer que la juste rémunération du concessionnaire se trouve dans le risque

---

[1942] DE SOTO (J.) sous, C.E., 24 déc. 1940, *Société générale française de publicité et d'édition, D.* 1942, p. 111.

[1943] V. à ce sujet, LOMBARD (F.), *La cause dans le contrat administratif*, L.G.D.J., 2008, p. 372 et s et 412 et s.

[1944] BOUCHER (J.), BOURGEOIS-MACHUREAU (B.), « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *A.J.D.A.*, 2008, p.575.

[1945] C. civ., art. 6.

[1946] « (…) *en droit privé des contrats, la bonne foi qui préside à l'exécution des contrats implique que cette exécution doit se faire "trait pour trait", "donnant donnant"* », TERNEYRE (P.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », *in Mélanges en l'honneur D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 803.

[1947] « *S'agissant de l'équilibre des prestations réciproques, notons que c'était ce sujet qui fondait les évolutions de la notion de cause, autour de la question de la potestativité ou du contournement de l'impossibilité de sanctionner la lésion comme vice général.* », MAINGUY (D.), « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *J.C.P.E.*, n°7, 18 Février 2016, act. 151.

[1948] C. civ., 1128.

[1949] « *En outre, il est logique, dans un droit qui tend à faire une place de plus en plus large à la négociation, à la loyauté ou à la collaboration entre les parties, de souligner l'affectio contractus qui, à l'instar du droit privé, caractérise le droit des contrats publics et participe aussi de l'équilibre contractuel* », LOMBARD (F.), *préc.*, p. 412.

[1950] C. civ., 1194.

d'exploitation qu'il a accepté de supporter, en connaissance de cause. Car l'équilibre économique en tant que justice contractuelle s'exprime parfaitement au travers du risque consenti. Ainsi, les mécanismes de correction et de compensation de l'équilibre économique se déclenchent lorsque le risque supporté par le concessionnaire lui est extérieur. La modification unilatérale, la mutabilité du contrat ou l'occurrence d'un évènement imprévisible l'autorisent à demander la préservation d'un *certain* équilibre qui, sans être constamment parfaitement compensé, réduit nombre d'incertitudes quant à la continuité de l'exploitation.

924. Par conséquent, le concessionnaire est en droit de demander l'indemnisation des surcoûts engendrés, la compensation de la situation aggravée et le maintien de son niveau de rémunération. Outre l'imprévision qui impose que les conséquences financières de l'évènement soit pour partie partagées[1951], le gestionnaire non fautif peut requérir l'indemnisation de son préjudice et de son manque à gagner[1952]. *A contrario*, en fonction du risque défini *ab initio*, il supporte toutes les conséquences, y compris le risque de pertes. L'équilibre financier n'est plus *le droit à* demander compensation des surcoûts, mais *l'obligation de* les subir personnellement.

925. Cette appréciation de la justice par l'équilibre économique doit se combiner avec une appréciation de la valeur des contreprestations. L'intérêt général qui exclut les écarts manifestes entre coûts et prestations, fait que l'équilibre ne peut induire une certaine justice sans un calcul économique au plus juste.

2. Le calcul juste de l'équilibre économique

926. Le calcul de la rémunération du cocontractant découle de la définition des éléments constitutifs de l'équilibre financier. Cet équilibre financier retranscrit, par le droit d'exploiter, la valorisation de l'activité de service public pour que le gestionnaire puisse amortir l'investissement (coûts initiaux, maintenance, entretien et renouvellement ; mais aussi coûts des prestations) et réaliser son retour sur capital investi. Pour y parvenir, l'équilibre économique doit définir avec précision, prévention et sincérité les données conditionnelles de

[1951] Ce qui est une meilleure position pour le cocontractant que celle qu'il aurait bénéficée dans le cadre des contrats de droit privé.

[1952] *Supra*.

l'équilibre par rapport au risque de l'exploitation. Ainsi, le tarif des redevances perçues sur les usagers doit faire transparaître le principe de l'équivalence entre prix et contrepartie. Le prix de la redevance doit être proportionné avec justesse pour correspondre en qualité – le prix payé reflète le coût d'une prestation individualisée – et à une qualité – le prix payé reflète le coût défini par le cahier des charges – du service presté.

927. De la même manière, la durée des conventions doit être estimée le plus précisément possible. La durée des conventions doit correspondre à une réalité physique et économique. Ainsi, la durée devait correspondre à la *durée normale d'amortissement*, rattachée à l'amortissement comptable ou à l'amortissement économique du bien objet de l'investissement. La nouvelle rédaction par le décret du 1er février 2016 ne change que les termes, mais exige toujours que la durée corresponde au 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, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat* »[1953].

928. Enfin, cette justesse du calcul s'impose lorsque la personne publique consent des avantages au concessionnaire. Cela transparaît autant dans le calcul des compensations des obligations de service public[1954], que dans le montant de la redevance perçue par la personne publique pour l'occupation privative du concessionnaire du domaine public de la concession[1955].

929. Il est néanmoins dans son essence même que l'équilibre économique ne soit pas une justesse égalité mais une justesse équité. L'équilibre économique retranscrit la réalité financière qui inclut nécessairement des marges d'appréciation. La justesse se retrouve donc dans la sincérité des éléments fournis respectivement pas les contractants. Aussi, elle s'apprécie toujours augmentée du droit à une marge nette bénéficiaire du cocontractant[1956]. Gaston JÈZE définissait en ce sens la rémunération du concessionnaire laquelle devait assurer

[1953] D. n°86-2016, Art. 6.

[1954] *Altmark trans.*, *préc.*

[1955] C.G.P.P.P., Art. L.2125-3.

[1956] Nota. C.A.A. Paris, 20 avr. 2015, req. n°13PA04641, *Société Orange France*, *inédit.*

« *la couverture de ses dépenses* » mais aussi « *une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal* »[1957].

930. Ce postulat parcourt tous les facteurs d'équilibre économique. Ainsi, le tarif fixé n'est pas la couverture du seul coût global de l'exploitation mais de ce coût augmenté d'un bénéfice ; la durée n'est pas la durée stricte d'amortissement d'un bien, mais elle est augmentée du temps nécessaire pour aménager une période *de rente* ; ou encore une C.O.S.P. n'est pas calculée pour ne couvrir que les surcoûts des obligations de service public, mais tient compte d'un *bénéfice raisonnable*. Le Conseil d'État le rappelle explicitement dans une décision *Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL) Aéroports*[1958]. Il faut néanmoins distinguer le droit au *bénéfice* du concessionnaire de ce qui n'en relève pas. En ce sens, n'est pas liée à un bénéfice lié à l'exploitation, la participation des usagers ou de l'autorité publique aux résultats financiers de la société gestionnaire[1959].

931. Toutefois, la norme s'intèresse assez peu à la rémunération des gestionnaires du service public. Les références à une juste rémunération sont éparses ; celles concernant leur formation sont quant à elles très rares. L'article 6 de la loi d'orientation des transports intérieurs[1960] prévoyait que « *les conditions dans lesquelles sont exécutées les opérations de transport public, notamment la formation des prix et tarifs applicables et les clauses des contrats de transport, permettent une juste rémunération du transporteur assurant la couverture des coûts réels du service rendu dans des conditions normales d'organisation et de productivité* ».

932. L'article L.122-10 du code de la voirie routière dispose que « *les revenus additionnels des tarifs de péages* (…) *couvrent, outre les dépenses de toute nature* (…) *l'amortissement des capitaux investis par le délégataire ainsi qu'une rémunération raisonnable et conforme aux conditions du marché, tels qu'ils peuvent être évalués avant la conclusion de l'avenant* ». De même, l'article R. 224-3-1 du code de l'aviation civile dispose que « *l'exploitant*

[1957] Note sous C.E., 10 avr. 1935, *Ville de Toulon*, *R.D.P.*., 1935, p. 783.

[1958] « (…) *le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire ; que dans tous les cas, le tarif doit être établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de la concurrence* », C.E., 7 oct. 2009, req. n°309499, *A.J.D.A.*, 2009, p. 2480, note DREYFUS (J.-D.).

[1959] C.E., 31 juill. 2009, req. n°296964, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble (GEG)*, *préc.*

[1960] L. n° 82-1153 du 30 décembre 1982 dite *L.O.T.I.*, *J.O.R.F.*, 31 déc. 1982, p. 4004.

d'aérodrome reçoit, compte tenu de ces éléments, une juste rémunération des capitaux investis, appréciée au regard du coût moyen pondéré de son capital calculé sur le périmètre d'activités (…) ».

933. L'appréciation d'une rémunération, d'un profit équitable du concessionnaire n'est pas égocentrée au contrat. Si le prisme de la convention et du rapport de force entre les parties a une influence principale sur l'équilibre économique, il est nécessaire de replacer cet équilibre économique parmi un ensemble d'équilibres économiques. Le profit du concessionnaire ne peut alors dépasser la moyenne du profit constaté sur le marché et accordé à des opérateurs dans des conditions comparables.

B. Le juste équilibre économique dans l'équilibre du marché

934. Maurice ALLAIS dans sa démonstration de la théorie économique de l'équilibre général expliquait que « *L'équilibre concurrentiel est une situation d'efficacité maximale et toute solution d'efficacité maximale peut être réalisée par un équilibre concurrentiel* »[1961]. Cette recherche d'efficacité maximale ou d'*optimum*[1962] est celle poursuivie avec constante par l'Union européenne dans la construction et la consolidation du marché commun. Par une logique concurrentielle et d'ouverture du marché commun au plus grand nombre d'opérateurs, le droit européen assimile les activités économiques et les activités publiques « concurrentielles ». Par cette assimilation, les équilibres économiques établis dans les gestions publiques d'activités économiques publiques doivent s'insèrer et se coordonner avec l'équilibre économique du marché européen.

935. C'est alors que le droit financier accordé à un opérateur gestionnaire d'un service public intéresse le droit de la concurrence à double titre. Le chapitre 1 du Titre VII du T.F.U.E., intitulé *Les règles de concurrence* prévoit un dispositif général applicable aux entreprises poursuivant une activité économique. L'article 106 (ex-article 86 T.C.E.) dispose que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à*

[1961] ALLAIS (M.), *Traité d'économie pure* cité par STERDYNIAK (H.), « Maurice Allais, itinéraire d'un économiste français », *Rev. Éco. pol.*, 2011/2, vol. 121, p.119-153.

[1962] *Ibid.*

l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. *Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.* ». L'assimilation conduit à considérer que l'opérateur gestionnaire d'un S.I.E.G. soit dans la même position qu'un opérateur *équivalent* et qu'en conséquence il a un droit à dégager une marge nette bénéficiaire. Mais l'assimilation ne peut être que partielle ; elle s'opère dans la limite des particularités de la mission poursuivie, la poursuite des obligations de service public.

936. Il faut alors transposer ces remarques dans la construction de l'équilibre économique d'un contrat portant gestion d'une activité économique publique. La marge nette bénéficiaire n'est pas contestable, elle est même préférable pour éviter le recours au financement public et aux risques de distorsions de concurrence qu'il peut supposer. Mais cette marge nette bénéficiaire, cette rémunération finale du gestionnaire, ce profit sur opération, ne sauraient avoir une parfaite équivalence avec une activité économique classique[1963]. Le service rendu à son occasion demeure d'intérêt général et non purement économique[1964]. Ce caractère singulier s'exprime pleinement lorsqu'il convient d'évaluer et de calculer les surcoûts d'exploitation engendrés non vérifiables dans les activités économiques classiques. C'est en ce sens que dans la décision *Altmark*[1965], le juge européen rappelle que lorsque l'autorité compétente décide d'imposer des obligations de service public à son gestionnaire, elle le place nécessairement dans une situation qui n'est pas naturelle pour une société[1966].

937. À cette occasion, le juge a précisé que les compensations accordées pour les surcoûts d'obligations de service public devaient comprendre le *bénéfice raisonnable* du

---

[1963] C'est à partir du taux de profit que peuvent attendre les contractants aspirant à un contrat non concurrentiel que la juste rémunération est établie en droit anglais. Ainsi, ce taux de profit permet à l'autorité de définir par comparaison avec le marché concurrentiel, un bénéfice industriel normal, COSSALTER (P.), p. 740 et s.

[1964] À plusieurs reprises, le juge européen qualifie cet intérêt économique général comme un intérêt « *qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique* ». V. nota : C.J.C.E, 10 déc. 1991, aff. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5889, point 27 ; 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *GT-Link, Rec. C.J.C.E.*, p. I-4449, points 52 et 53 ; 18 juin 1998, aff. C-266/96, *Corsica Ferries France*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-3949, point 45.

[1965] C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, *Rec. C.J.C.E.* 2003, p. I-07747.

[1966] « (…) *si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise* (…) *n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions* », concl. LÉGER (P.) sous *Altmark*, point 11.

gestionnaire[1967], formulation dédiée aux obligations de service public constatant la prise en compte de la marge nette bénéficiaire. Pour que ces sujétions soient soutenables, l'exploitant doit pouvoir bénéficier d'une compensation et doit être rémunéré pour le « sur-service » rendu. Le bénéfice raisonnable recouvre alors deux fonctions. Il aide à la construction d'un équilibre financier qui place extraordinairement le concessionnaire dans des conditions d'exploitation économiquement acceptables.

938. La seconde fonction est qu'il limite expressément le bénéfice à ce qui peut être attendu dans des conditions normales du marché économique, ce qui exclut toute surcompensation[1968]. L'approche est à chaque étape, comparative de l'équilibre concurrentiel[1969].

939. Différents textes sont venus préciser ce qu'il fallait entendre par *bénéfice raisonnable* puisque, à la lecture de la jurisprudence *Altmark*, aucun indice ne permettait de le définir concrètement. Une décision de la Commission européenne du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106§2 T.F.U.E., définit le concept de bénéfice raisonnable par référence à l'économie de marché. Le référentiel du calcul du bénéfice raisonnable est le *taux de swap*[1970], outil contractuel de couverture des risques financiers liés aux taux d'intérêts d'emprunt sur le marché. On entend par *bénéfice raisonnable* « *le taux de rendement (défini comme le taux de rendement interne que l'entreprise obtient sur son capital investi pendant la durée du mandat) du capital qu'exigerait une entreprise moyenne s'interrogeant sur l'opportunité de fournir le SIEG pendant toute la durée du mandat, en tenant compte du niveau de risque (du secteur concerné, du type de service et des caractéristiques de la compensation)* »[1971]. La Commission poursuit en précisant qu'« *un bénéfice n'excédant pas le taux de swap applicable majoré de 100 points de base ne doit pas être jugé déraisonnable.*

[1967] La C.O.S.P. « *ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable* », Aff. C-280/00, *Supra*, point 92.

[1968] « (…) *la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts nets supportés par l'entreprise assurant le service, y compris un bénéfice raisonnable* », C(2011) 9380 final, *préc.*, §15.

[1969] AURIOL (E.), « Concurrence par comparaison. Un point de vue normatif », *Rev. Éco.*, vol. 51, n°3, 2000, p. 621 à 634.

[1970] Le *Swap* est l'échange financier soit un produit financier dérivé qui consiste à procéder à un échange entre flux financiers. Les plus courants sont les contrats de *swap de taux* qui permettent d'échanger un taux variable au profit d'un taux fixe, *Lexique d'économie*, 14ème éd., 2016, *préc.*, p.795

[1971] C(2011) 9380 final, *préc.*, §18.

Dans ce contexte, le taux de swap applicable est considéré comme un rendement adéquat dans le cas d'un investissement dénué de risque ».

940. Cette définition est reprise par la directive 2014/23/UE concernant l'équilibre économique des concessions centré sur le risque. Ainsi « *lorsque l'entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général ne supporte pas un niveau substantiel de risque commercial,* (…)*, un bénéfice dépassant le taux de swap applicable majoré de 100 points de base ne doit pas être considéré comme raisonnable* ».

941. Il est précisé que le bénéfice raisonnable demeure toutefois abstrait. Pour l'évaluer, la Commission européenne préconise d'utiliser divers ratios financiers au nombre desquels figurent le « *rendement des capitaux propres moyen, le rendement du capital employé, le rendement de l'actif ou la marge d'exploitation.* » qui sont « *obtenus pour des contrats de service public similaires attribués dans des conditions de concurrence* »[1972]. Aussi, si l'évaluation des obligations de service public est préalable à la conclusion du contrat, l'évaluation du bénéfice raisonnable passe par la mise en concurrence des opérateurs qui doivent permettre de manière transparente, de définir le *moindre coût* d'exécution selon les critères de qualité et de prix fixés au cahier des charges[1973].

942. Bien que précisée, il faut nuancer l'utilisation du bénéfice raisonnable. D'abord, cette exigence de rentabilité limitée se concentre sur le calcul des C.O.S.P. et n'est aucunement transposée de manière générale à l'ensemble de l'équilibre économique. C'est en ce sens pourtant qu'il est désormais nécessaire d'œuvrer pour donner une clé de contrôle uniforme et homogène dans tous les contrats dits de *concession*. Par ailleurs, les outils et indicateurs à disposition des pouvoirs adjudicateurs pour évaluer le bénéfice raisonnable sont complexes et hors de portée d'une majorité de collectivités locales non pourvues de services financiers. Bien qu'elles fassent recours désormais à des conseillers externes en appui de leur décision, les analyses qu'elles obtiennent ne sont pas qualitativement uniformes. Néanmoins, la récente directive donne quelques outils pour limiter le profit du concessionnaire à l'aune d'un équilibre économique extensible, où les éléments de sa définition sont interdépendants et connectés par le risque d'exploitation. Ils participent, avec le *bénéfice raisonnable* ou la *juste*

[1972] COM 2012/C 8/03, *préc.*, § 37.

[1973] Il faut cependant convenir que la définition du *moindre coût* ou du coût tiré d'un échantillon d'opérateurs soumissionnaires ayant plus ou moins bien construits leur offre, n'est pas la définition du juste coût. V. AURIOL (E.), *préc.*

rémunération, à faire du profit tiré de l'équilibre économique des concessions, un profit raisonné.

Paragraphe 2 - Le profit raisonné

943. Pour raisonner le profit du concessionnaire, l'autorité concédante se doit d'instruire l'équilibre économique et d'en proposer une version réaliste. Il doit être ni excessivement restrictif, ni excessivement permissif. Dans les deux cas, il s'agirait d'un déséquilibre supporté indûment par l'une ou l'autre des parties, ce qui est insatisfaisant pour attirer un opérateur-investisseur, et insatisfaisant parce que l'intérêt général n'est pas un lieu de libéralités économiques.

944. Pour joindre les deux attentes contractuelles et établir l'équilibre économique, il convient paradoxalement d'introduire une limite, une norme de contrôle de la rémunération maximale du gestionnaire et des avantages qui lui sont octroyés. Le *criterium* du bénéfice raisonnable pourrait remplir cette fonction à condition d'être étendue à l'ensemble des éléments de définition de l'équilibre économique des concessions, et à condition qu'il existe un moyen concret pour parvenir à cette finalité[1974]. On sait déjà que le bénéfice raisonnable a pour variable le risque encouru par son récipiendaire et que ce bénéfice raisonnable a une dimension extraconventionnelle et macroéconomique. On sait aussi que ce bénéfice raisonnable doit être élastique et doit intégrer la dimension « publique » de la concession. Cela signifie dès lors qu'indépendamment de la nature objective de service public ou de travaux publics de la concession, le bénéfice raisonnable doit apprécier les avantages et garanties accordés par le contrat d'un pouvoir adjudicateur à un opérateur économique. Les droits exclusifs, spéciaux, compensations d'obligations de service public sont des exemples explicites mais ne concernent que les seuls gestionnaires de S.I.E.G[1975]. Les aides publiques,

---

[1974] Le Conseil d'État en a fait une application pour encadrer le volume indemnitaire accordé à un concessionnaire suite à une résiliation d'une concession, C.A.A Marseille, 7 janv. 2011, *Ville de Cannes c. Société Compass Group France*, *préc.*

[1975] Circ., 4 juillet 2008, NOR/INT/B/08/00133/C. Dans cette circulaire relative à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, on remarque que le bénéfice raisonnable applicable aux compensations d'obligations de service public est estimé à « *10 % des coûts liés au fonctionnement du SIEG* ».

ou les avantages implicites dits de *goodwill* eux sont, *a contrario,* communs à tous les opérateurs concessionnaires.

945. L'équilibre économique d'une concession et l'équilibre économique d'une concession de service public ont des caractères communs que sont le risque d'exploitation, le droit d'exploiter et la durée du contrat. Ils ont par ailleurs les mêmes limites : l'absence de garanties de résultats ou toute aide qui accorde un avantage injustifié et incompatible avec le marché commun. On comprend ainsi que le bénéfice raisonnable tiré de l'équilibre économique a une fonction préventive et doit favoriser l'établissement d'une rémunération suffisante pour que le concessionnaire n'ait pas recours à des méthodes irrégulières pour accroître son profit final (A). Le bénéfice raisonnable doit encadrer cette rémunération pour, qu'au-delà de sa suffisance, cette rémunération soit satisfaisante pour ne rompre ni l'équilibre économique du contrat, ni rompre l'économie de marché (B).

A. Une contrepartie suffisante

946. L'équilibre économique d'une concession se définit par le risque d'exploitation qui donne en contrepartie au concessionnaire le droit d'exploiter le service et/ou les travaux de manière à ce qu'il puisse récupérer son investissement et le majorer par un retour sur capital investi dans un délai raisonnable. Cette nouvelle formulation de l'équilibre économique permet de transposer le bénéfice raisonnable de manière optimale par les éléments de l'équilibre ici strictement identifiés. D'abord, le bénéfice raisonnable est issu d'une allocation des risques la plus à même de fournir les meilleurs résultats. Le transfert du risque d'exploitation doit être raisonnable pour que sa contrepartie, le droit d'exploiter, le soit aussi (1). Puis, la convention, lorsqu'elle dépasse un *minima* fixé légalement à cinq ans, doit avoir une durée tout aussi raisonnable pour que le droit d'exploiter puisse admettre l'amortissement des biens et la rémunération du capital investi (2).

1. Un transfert de risque raisonnable pour un droit d'exploiter raisonnable

947. En plaçant le risque d'exploitation comme l'élément prioritaire de définition de l'équilibre économique de la concession, le législateur n'a laissé d'autres choix pour rationaliser la rémunération du concessionnaire, que de commencer à rationaliser les risques qui lui sont transférés. Le droit européen et sa transposition expriment clairement ce lien automatique puisque la contrepartie du risque d'exploitation et le droit d'exploiter le service. Le risque d'exploitation est le déclencheur de la rémunération, mais aussi son catalyseur et

son cadre d'expansion[1976]. En cela, il faut se résoudre à entendre les nouvelles dispositions relatives à la concession de manière à en tirer une synthèse raisonnable et rationnelle où la convention de concession ne se résume pas seulement à un transfert total et global de tous les risques de l'exploitation. Cet écueil n'est pas favorable à une économie générale optimale de la convention. On peut en montrer deux illustrations.

948. D'abord, partir du principe selon lequel la concession est un moyen de tout externaliser sans que la personne publique ne supporte aucun risque, est une illusion théorique qui ne se vérifie pas en pratique. Le transfert inefficient et inefficace de tous les risques vers un opérateur augmente sensiblement l'éventualité d'un déséquilibre à terme.

949. Ce déséquilibre à terme peut être engendré par le transfert total du risque, sans se soucier du surcoût qu'il entraîne. En effet dans ce cas de figure, pour que le projet soit intéressant financièrement, la rentabilité de l'opération doit être strictement supérieure à la moyenne du marché et ainsi octroyer une marge nette bénéficiaire plus importante. Pour y parvenir, l'opérateur peut augmenter sa marge en imposant un tarif élevé ou en recherchant des subventions complémentaires. Il peut aussi l'augmenter en réduisant la qualité du service et en poursuivant une politique d'investissement inférieure à celle prévue par le contrat. Aussi, en choisissant le transfert total du risque, le concessionnaire peut se retrouver en position délicate d'exploitation. Dans de nombreuses situations, la renégociation du contrat en cours d'exécution aboutit à une récupération partielle du risque par la personne publique.

950. Par ailleurs, penser que la concession est le contrat de l'externalisation incontrôlée de tous les risques, c'est philosophiquement admettre une forme de déresponsabilisation des autorités concédantes face à leur service public. Ainsi, le concédant estime à tort que le coût de l'opération n'a aucun impact sur son budget et que seuls le concessionnaire et l'usager en subissent le financement. Un tel raisonnement de départ est souvent la cause principale d'un surdimensionnement du projet de service public ou de réalisations somptuaires[1977]. Or, cette déconnexion entre le besoin en service public et l'infrastructure finale, n'est pas sans conséquences sur la pérennité de la concession. Car, lorsque la personne publique s'engage sur des prévisions, mais que celles-ci ne se réalisent pas, le concessionnaire qui en subit les

[1976] Ord. n°2016-65, Art. 5.

[1977] Pour une synthèse analogique sur le cas des contrats de partenariat, LLORENS (F.), SOLER-COUTEAUX (P.), « Le partenariat public-privé dans la tourmente », *Contrats et Marchés publ.*, n°10, Octobre 2014, repère 9.

conséquences est fondé à demander une indemnisation du préjudice qu'il subit sur la base de la loyauté précontractuelle[1978].

951. La concession doit être construite selon le modèle de transfert de risques des *P.F.I.* ou des marchés de partenariat[1979], avec une externalisation conditionnée à une matrice des risques après évaluation préalable. Cette matrice des risques permet aux contractants de se répartir entre eux les risques qui sont à leur niveau, les mieux maitrisables. La matrice des risques dans les concessions est bien trop limitée aux règlements des situations de détresse économique ou d'occurrence d'aléas exigènes. La pratique des concessions de service public s'inspire d'ailleurs déjà d'une telle matrice des risques[1980]. Tel est l'exemple du risque du changement de normes. Certains contrats prévoient que le changement de normes applicables à la convention est soit à la charge du concédant, soit à la charge du concessionnaire dans la limite d'une durée fixée au cahier des charges. Ainsi, le concessionnaire est responsable du risque de changement de la norme dans une durée cyclique (exemple de cinq ans), car ce dernier doit avoir, en qualité de professionnel, une connaissance et une prospection suffisantes pour anticiper l'évolution. *A contrario*, l'évolution de la norme au-delà de cette durée est supportée par le concédant et donne lieu à une rencontre entre les parties. Ce type d'anticipation sur les risques normatifs permet d'éviter certaines curiosités comme la prise en charge financière de l'autorité concédante d'une évolution normative au titre de la théorie de l'imprévision[1981].

952. Ce partage des risques est admis par le droit. L'autorité concédante peut ne transférer qu'une partie du risque d'exploitation à condition que cette partie, même très restreinte, demeure significative et expose réellement le concessionnaire « *aux aléas du marché* »[1982]. Dès lors, en présence d'un risque partagé, le droit d'exploiter ne saurait être total. Toutefois, le risque partagé peut supposer le paiement d'un prix. Ce prix déterminé dès la phase précontractuelle, permet d'assurer une rémunération suffisante au concessionnaire qui

---

[1978] VILA (J.-B.), *J.C.P.A.*, n°29, 20 Juillet 2015, 2232, *préc.*

[1979] LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », *P.M.P.*, vol. 21, n°1, 2003, p. 1-25.

[1980] BRACONNIER (S.), « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalités », *B.J.C.P.*, 2004, p. 346.

[1981] C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, *préc.*

[1982] Ord. n°2016-65, Art. 5.

demeure soumis au risque d'exploitation sauf à ce que ce prix soit une garantie de seuil de rentabilité[1983].

953. Cette approche raisonnable du risque dans les concessions qui induit un droit d'exploiter et une rémunération du concessionnaire logiquement raisonnable, doit nécessairement être accompagnée d'une approche raisonnable de la durée d'exploitation. Car, bien que le risque soit au centre de l'équilibre économique, il ne peut être parfaitement appréhendé que s'il est couplé avec le temps[1984].

2. Une durée conventionnelle raisonnable

954. Le législateur européen, dans la directive 2014/23/UE a souhaité rétablir une connexion entre l'équilibre économique des concessions et la durée des exploitations. Ainsi, « *pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l'exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d'exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s'est engagé* (…). *Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque d'exploitation.* ». La transposition de cette disposition relative à la durée est venue abroger l'article L.1411-2 C.G.C.T. par lequel les conventions de délégation de service public devaient être conclues pour une durée limitée à la durée normale d'amortissement. En l'occurrence, la durée « normale » a été remplacée par une durée « raisonnable ».

[1983] Il faut rappeler que le prix, s'il n'est pas systématiquement révisé, n'est pas sans induire certains risques pour le concessionnaire, comme l'insuffisante couverture des coûts réels. Toutefois, il réduit son risque de non couverture totale, d'indisponibilité de la recette, des retards de paiement, d'insolvabilité des usagers, et peut rassurer ses financeurs par la certitude d'une contrepartie financière. En ce sens, parce que les établissements financiers préfèrent un moindre risque, et la liquidité du projet, auront une pression moins forte sur le concessionnaire. Cette baisse de pression sur le concessionnaire est censée s'accompagner d'une réduction des coûts de financement, et *de facto*, une réduction corollaire du profit tiré du droit d'exploiter.

[1984] V. Première Partie, Titre II, Chapitre II.

955. La conception de la durée par le caractère raisonnable doit être rapprochée de la notion de bénéfice raisonnable. La durée est un élément conditionnel de la rémunération du gestionnaire. En ce sens, dans sa communication interprétative des concessions en droit communautaire, la Commission européenne considère que « *le droit d'exploitation permet au concessionnaire de percevoir des droits sur l'usager de l'ouvrage (par exemple par le biais de péages ou de redevances) pendant une certaine période de temps. La durée de la concession constitue dès lors un élément important de la rémunération du concessionnaire* »[1985]. Ensuite, elle relève que pour concilier le principe de proportionnalité et celui de l'équilibre financier, « *la durée de la concession doit donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire.* ». Encore, on peut citer la directive 2012/34/UE établissant un espace ferroviaire unique européen qui dispose que « *Le compte de profits et pertes d'un gestionnaire de l'infrastructure devrait être en équilibre sur une période raisonnable qui, une fois définie, pourrait être dépassée dans des circonstances exceptionnelles* (…) ».[1986] Telle est la définition retenue dans la directive concession où le délai raisonnable est la période qui permet l'amortissement complet des investissements ainsi que « *la rémunération raisonnable des capitaux investis* ». Par le prisme de la durée, il semble que le législateur européen ait souhaité étendre la notion de *bénéfice raisonnable* aux gains tirés du droit d'exploiter du concessionnaire[1987] en fonction du risque et en fonction du temps.

956. On trouve quelques exemples de pratiques conventionelles qui lient durée et rentabilité limitée. Tel est le cas de la concession de travaux publics relative à la construction du Viaduc de Millau[1988]. L'État et le concessionnaire Eiffage ont conclu une convention pour la construction et l'exploitation d'un ouvrage d'art pour une durée de 78 ans. Cette durée plafond calculée selon le prévisionnel du cahier des charges, est contrainte par un seuil de

---

[1985] COM 2000/C 121/02, *J.O.U.E.*, n°1 C 121 du 29 avril 2000, p. 3.

[1986] Préambule, (14).

[1987] Par analogie, on voit que la directive 2012/34/UE dispose que la période raisonnable doit permettre de présenter un équilibre financier entre « *d'une part, les recettes tirées des redevances d'utilisation de l'infrastructure, les excédents dégagés d'autres activités commerciales, les revenus non remboursables de sources privées et le financement par l'État, y compris, le cas échéant, les avances de l'État, et, d'autre part, les dépenses d'infrastructure* », *ibid.*, Art. 8.

[1988] Décret n°2001-923 du 8 oct. 2001, *J.O.R.F.*, n°235 du 10 octobre 2001, p. 15923, texte n°20.

rentabilité fondé sur le chiffre d'affaires de l'exploitation. En cela, si « *le cumul des chiffres d'affaires réels (valeur novembre 2000) actualisés à fin 2000 au taux de 8 %* [est] *égal ou supérieur à trois cent soixante-quinze millions d'euros (375 000 000 Euro)* »[1989], la concession devra prendre fin dans les deux ans suivant cette constatation. Cette fin de contrat naturelle est réputée « *sans indemnité de part ni d'autre, hormis, le cas échéant, le remboursement de la TVA à reverser au Trésor public par le concessionnaire, au titre des biens remis au ou repris par le concédant.* ».

957. Il faut toutefois remarquer que la directive et sa transposition ne vont pas plus loin dans le rapprochement entre durée raisonnable et bénéfice raisonnable. S'il faut attendre les futures interprétations jurisprudentielles de la notion de *temps raisonnablement escompté pour que le concessionnaire amortisse les investissements réalisés avec un retour sur les capitaux investis*, il convient de confirmer que la transcription dans la durée du bénéfice raisonnable n'est ni sans objet ni sans conséquences pour les concessions. En effet, le droit de la concurrence use du *bénéfice raisonnable* et de la durée de manière concordante pour limiter la rentabilité des gestionnaires de SIEG et encadrer les pratiques anticoncurrentielles. Ainsi le gestionnaire ne saurait bénéficier des avantages, droits exclusifs ou spéciaux, ou encore de compensations d'obligations de service public au-delà d'un bénéfice raisonnable. Dans le cas contraire, et sur la « sur-durée », le gestionnaire bénéficie d'une position anticoncurentielle, car les avantages octroyés doivent être justifiés tout au long de l'exploitation. La Cour de Justice rappelle à cet égard que « *l'analyse du comportement d'une entreprise en position dominante doit tenir compte du fait que la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire pour ses partenaires commerciaux* »[1990]. La durée de l'octroi doit alors être contenue, mesurable et transparente. Sans appréciation des effets du temps sur l'exploitation, une convention peut entrainer la constitution d'abus de position dominante[1991].

[1989] *Ibid.*, art. 36.

[1990] C.J.C.E., 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Société Hoffman-Laroche*, *Rec. C.J.C.E.*, p. 461 ; C.J.C.E., 16 mars 2000, aff. C-395/96 P et 396/96 P, *Compagnie maritime belge SA et Dafra Lines A/S*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-01365.

[1991] Dans l'affaire *Société Million et Marais* et selon le juge, « *la durée de six ans, renouvelable une fois par décision expresse* » ne mettait pas le concessionnaire du service extérieur des pompes funèbres dans des dispositions lui permettant d'abuser d'une position dominante.

958. Par ailleurs, l'introduction d'un *temps raisonnable* suffisant pour amortir et se rémunérer, peut interroger sur l'avenir de l'amortissement de caducité ou tout du moins sur sa combinaison avec l'amortissement comptable. Aujourd'hui, l'exception est admise aux seules concessions de service public, dès lors que la durée de vie des biens est supérieure à la durée du contrat, renouvellement compris, ce qui en pratique, pour des contrats de concession conclus en moyenne sur trente années, était automatique lorsqu'il s'agissait d'équipements publics immobiliers (durée de vie entre 40 et 99 ans si on se fonde sur certains baux emphytéotiques administratifs). Par l'idée d'un temps *raisonnable* pour amortir et opérer une marge nette bénéficiaire, l'équilibre économique du contrat devrait prendre en compte systématiquement la rentabilité interne du service. La durée raisonnable du contrat devrait alors être la durée au terme de laquelle, le T.R.I. obtenu par le contrat équivaut au taux moyen du marché.

959. L'introduction du caractère raisonnable laisse implicitement entendre que la notion de *bénéfice raisonnable* est étendue à l'équilibre économique des concessions. Dès lors, il conviendrait d'appréhender le bénéfice raisonnable non comme la marge nette bénéficiaire accordée au titre des compensations d'obligations de service public, mais comme la marge nette bénéficiaire du concessionnaire au titre du droit d'exploiter sur la durée conventionnelle.

B. Une contrepartie satisfaisante

960. Le postulat d'une « rémunération » suffisante pour que le concessionnaire puisse réaliser son *retour sur investissement* est essentiellement tiré d'une approche volontairement concurrentielle. En ce sens, la rentabilité limitée de l'exploitation génère un profit limité, un bénéfice raisonnable, soit la rémunération suffisante pour qu'un opérateur puisse remplir toutes les obligations de service public induites par l'activité. Cette vision par le droit de la concurrence est nécessaire mais réduite. Il faut, dans le cadre de partenariats public-privé, prendre conscience des aspérités autres que celles d'intérêt général poursuivies par les opérateurs-investisseurs. Pour eux, la rémunération définie par l'équilibre économique ne doit pas être seulement suffisante pour intervenir, mais elle doit être satisfaisante. En ce sens, il s'agit de satisfaire la rémunération des actionnaires et financeurs du concessionnaire.

961. En finance d'entreprise, cette rémunération de l'effort d'investissement et de l'engagement du capital est définie par le coût du capital ou autrement appelé coût moyen pondéré du capital (C.M.P.C.). Ce coût permet de mesurer, à profil de risque de l'actif

économique identique ou pour choisir un investissement autrement risqué, quel placement est le plus rentable. En termes simples, il s'agit d'un outil exprimé par un taux de rendement qui constitue la rémunération « plancher » pour lequel il convient d'investir[1992].

962. En deçà du taux C.M.P.C, le gestionnaire considérera qu'au regard des exigences de rentabilité exigée pour rémunérer son capital, l'investissement détruiera de la valeur. La comparaison peut aussi être réalisée avec le calcul de T.R.I. qui, en tant que taux de rentabilité, peut lui être rapproché. De la sorte, si le T.R.I. d'un projet est supérieur au C.M.P.C., le projet est intéressant pour l'investisseur car il offre une rentabilité supérieure à celle exigée pour rémunerer le capital. Toutefois, le C.M.P.C. n'est pas systématiquement utilisé pour opérer un choix d'investissement ; le recours au T.R.I. et à la V.A.N. est souvent privilégié[1993].

963. La connaissance de ces réalités financières tirées de la finance d'entreprise est un préalable nécessaire pour évaluer la *bancabilité* du projet de concession ; cette réalité est souvent éludée par les autorités publiques lors de la dévolution du service public[1994] en l'absence d'une évaluation préalable exhaustive[1995]. Or, à l'instar des *P.F.I.*, nombre de

---

[1992] Une méthode de calcul du C.M.P.C., préconisée par le *Capital Asset Pricing Model* (C.A.P.M ou M.E.D.A.F. modèle d'évaluation des actifs financiers), est celle faisant intervenir un bêta (β) de l'actif économique (rapport de rentabilité de l'actif par rapport à la rentabilité constatée sur le marché). Ainsi, cette formule peut s'écrire $CMPC = \frac{(E\ x\ kE)+(D\ x\ kD)}{E+D}$ où
E est les fonds propres ; D est les fonds étrangers ; k_E est le coût des fonds propres (calculé sous la forme $kE = rf + \beta E(km - rf)$ où rf est le taux sans risque ; β est le bêta des fonds propres ; km est le taux de rentabilité de l'actif économique) ; k_D est le coût des fonds étrangers.

[1993] « (…) *les sociétés concessionnaires ont indiqué de manière concordante à l'Autorité, notamment lors de leur audition, que leurs décisions d'investissement ne se fondaient pas sur une référence au CMPC* (coût moyen pondéré du capital). *Elles ont expliqué que, pour leur part, la décision résultait d'un arbitrage entre les différentes opportunités d'investissement offertes par le marché, éclairé par la comparaison de leurs TRI « projet » respectifs et des risques associés* », ARAFER, Avis n°2017-054, du 14 juin 2017, relatif au projet de 13ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la Société des Autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF) approuvée par décret du 29 octobre 1990 pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021, p. 22, §143.

[1994] « *Les prêteurs ne se voient reconnaître aucune place particulière dans les procédures d'attribution des concessions, qui ne permettent donc pas la prise en compte de leurs exigences spécifiques* », CUCHE (P.), LEQUIEN (M.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Dr. adm*, n°12, 2004, étude 22.

[1995] « *En financement de projet, les prêteurs évaluent l'intérêt du projet en fonction de sa rentabilité intrinsèque et non de la situation financière de l'entreprise promotrice. Dans ces montages où l'endettement représente environ 90% des coûts d'investissement, les organismes financiers effectuent une évaluation rigoureuse de la rentabilité du projet (due diligence),*

concessions de service public sont des contrats tripartites dans lesquels les établissements financiers jouent un rôle prépondérant[1996]. P. COSSALTER relève que, à l'échelle européenne, les contrats de concession sont réputés satisfaire les exigences de rentabilité des concessionnaires lorsque sa rémunération nette est entre « *7 et 12 %* »[1997] selon les secteurs d'activités.

964. Pour parvenir à un T.R.I. de *8 %* comme demandé alors par la plupart des opérateurs, les personnes publiques sont souvent sollicitées pour venir compléter financièrement la rentabilité de l'opération[1998]. De la sorte, pour des projets publics dont le taux de rentabilité interne est inférieur au taux de rentabilité attendu sur les marchés pour un programme d'investissement équivalent, il sera demandé à la personne publique d'abonder financièrement ou de permettre une révision des tarifs[1999]. Or, ces méthodes constitutives d'une garantie de seuil de rentabilité sont expressément condamnées dans le cadre des *concessions*. La subvention doit correspondre en volume au risque conservé par la personne publique et le tarif doit toujours être proportionnel au service rendu en fonction du risque de l'exploitation.

965. Mais les attentes des financeurs du concessionnaire sont aussi bien satisfaites par l'aménagement des clauses de la concession en faveur d'une répartition des risques

---

qui va déterminer sa "bancabilité", c'est-à-dire la possibilité ou non de le financer », MARTY (F.), VOISIN (A.), « Finances publiques et financements privés : quel nouvel équilibre pour les investissements des États ? », *P.M.P.*, 2012, 25 (3), P. 19-37.

[1996] *Ibid.* : LAGUERRE (A.), « Le financement privé des équipements publics », *R.F.P.P.*, 1er Novembre 2012 n°120, p. 63.

[1997] *Préc.*, p. 742.

[1998] Certains auteurs estiment en ce sens que le complément de rentabilité est inhérent à la notion de service public. Ainsi, selon Henry LAUFENBURGER, « *Encore faut-il, pour qu'il y ait service public, que l'initiative privée soit incapable d'assurer à la collectivité des satisfactions immatérielles demandées, soit par l'excès des dépenses à engager ou des investissements à faire, soit surtout parce que, le prix de vente étant inférieur au coût, la rentabilité de l'entreprise n'est pas assurée. Ceci est essentiel.* », *L'intervention de l'État en matière économique*, L.G.D.J., 1939, p. 27.

[1999] « *Pour fixer les idées, si les taux de long terme sont à 4 % sur le marché financier et si la prime de risque est estimée à 4 % également, l'opérateur public ne peut s'engager qu'avec un TRI au moins égal à 8 %. Pour toute valeur inférieure, une subvention compensatoire est requise afin que ce seuil soit atteint. Pour le même projet, l'opérateur privé doit couvrir un taux d'intérêt du marché supposé identique plus la même prime de risque, mais il doit ajouter à cela une marge bénéficiaire. Disons, par exemple, 4 % de plus. Cela signifie que pour toute valeur du TRI inférieure à 12 %, une subvention sera requise pour assurer l'équilibre financier du projet.*», BONNAFOUS (A.), « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé : quelques paradoxes », *Rev. Française d'économie*, vol. 17, n°1, 2002, p. 173 à 194.

d'exploitation, ou en faveur de la constitution de sûretés réelles[2000]. Ainsi, autoriser la constitution de droits réels sur les biens de retour, voire la propriété réduite du concessionnaire[2001], c'est faciliter les conditions de financement du concessionnaire. En ce sens, le recours au crédit-bail ou à l'hypothèque, sont autant de mesures qui allègent le coût de l'investissement et satisfont le concessionnaire dans sa recherche de rémunération. De la même manière, l'introduction de clauses de *step-in right* permet aux organismes prêteurs de substituer à l'opérateur concessionnaire un autre opérateur non défaillant capable de sauvegarder leur intérêt financier.

966. Par ailleurs, les autorités concédantes doivent réintroduire positivement l'exorbitance des prérogatives applicables aux contrats de concession de manière à exposer sa *bancabilité*. En effet, sauf hypothèse de fautes contractuelles, le concessionnaire est préservé des aléas d'exploitation, des surcoûts de modification unilatérale et même de la résiliation anticipée. Le concessionnaire est, dans ce dernier cas, toujours assuré de récupérer le reste à amortir par la voie indemnitaire et, le cas échéant, obtient tout ou partie du retour sur capital investi attendu sur la durée du contrat résiduelle. De même, il s'agit de réintroduire positivement l'amortissement financier de caducité comme un élément de négociation fort[2002], car il est réducteur du risque financier lié aux immobilisations et un outil favorable à la récupération du capital investi et à sa rémunération[2003].

[2000] DENIAU (P.), ROUAST-BERTHIER (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *R.D. bancaire et fin.*, n°4, Juillet 2008, étude 13.

[2001] C.E., 21 déc. 2012, *préc.*

[2002] Encore est-il que le concédant souhaite se positionner en tant qu'autorité de régulation de l'équilibre économique de ses concessions. Ainsi, l'ARAFER a pu constater qu'en contrepartie d'investissements nouveaux, une rémunération du concessionnaire à hauteur d'un T.R.I. de 4 et 5.6 % était satisfaisante. Or, les négociations ont pu aboutir à un T.R.I. convenu entre 7.3 et 8.1 %, l'autorité concédante estimant cet écart comme « acceptable » et ce, en dépit de toute considérations relatives tant au risque limité porté par les concessionnaires, que par l'évolution positive des conditions de financement due à une baisse des taux d'intérêt sur le marché depuis l'adoption du plan de relance autoroutier validé par la Commission européenne (la Commission a estimé comme un *bénéfice raisonnable*, des T.R.I. moyens de l'ordre de 5 à 9%), Avis n°2017-054, *préc.*, p. 22. V. Décision de la Commission européenne, C(2014) 7580 final, du 28 octobre 2014 relative à l'aide d'État SA.2014/N 38271 – France Plan de relance autoroutier. Il faut remarquer d'ailleurs que la décision validée par la Commission européen visait une aide d'État constituée par un allongement de durée des concessions d'autoroute, et non d'une hausse des tarifs des péages. On peut alors douter de la validité des avenants proposés dès lors que la modification de l'équilibre économique n'est pas structurellement identique entre prolongation et hausse des tarifs.

[2003] C.E., 28 nov. 2012, req. n°s 330548, 332639 et 332643, *Société Powéo Direct Énergie et Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC), Tables* ; *A.J.D.A.*, 2012, p. 2298 ;

967. Pour que la notion de bénéfice raisonnable transparaisse dans le profit que tire le concessionnaire de l'exploitation du service public, il convient d'introduire sa finalité de *rentabilité limitée* à chaque élément de l'équilibre économique. Le risque d'exploitation, parce qu'il induit le droit d'exploiter et parce qu'il est lié à la durée de la convention doit être mesuré rationnellement pour révèler un *optimum*. Cet *optimum* doit être précédé d'une évaluation précise du projet pour que la répartition des risques soit suffisante pour constituer une *concession* et satisfaisante pour en assurer l'intérêt financier. La réunion de ces deux objectifs faciliterait la garantie d'un équilibre économique par projet et assurerait une régulation du profit à en tirer.

Section 2 - L'équilibre garanti par le profit régulé

968. Une fois admise l'idée d'un bénéfice raisonnable, il revient aux parties de déterminer les modalités d'exécution et de contrôle. C'est en premier lieu lors de la phase de négociation ou de renégociation que le bénéfice raisonnable, le profit raisonné et limité, peut être au mieux encadré. Le professeur L. RICHER explique en ce sens qu'outre son formalisme et son sytématisme dans la commande publique, la procédure de mise en concurrence est l'occasion de négocier intensément les tarifs ou les conditions de financement du service public[2004]. La négociation de la future *concession* est aussi une occasion solennelle de conventionaliser des mécanismes de régulation du profit. De cette manière, chaque opérateur est en mesure d'adapter son offre pour présenter celle qui sera économiquement la plus avantageuse pour l'autorité organisatrice.

J.C.P.A., n°50, 17 Décembre 2012, act. 880. Dans cette affaire, le Conseil d'État a estimé que le tarif d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution d'électricité (TURPE) n'avait pas été fixé conformément au décret n°2001-365 du 26 avril 2001 selon lequel les tarifs devaient être fixés en tenant compte de l'ensemble des coûts dont la rémunération du capital investi. Or, pour prendre en compte ce coût, la Commission de régulation de l'énergie s'est référé à un calcul erroné du C.M.P.C. car ce dernier ne prenait pas en compte ni les spécificités des comptes de concession (amortissement dérogatoire de caducité) ni la possibilité de réaliser des provisions pour renouvellement. En ne prenant pas en compte ces instruments favorables à la reconstitution de la capacité d'investissement du concessionnaire, la méthode de calcul ne pouvait qu'aboutir à un tarif supérieur à celui nécessaire pour couvrir l'ensemble des coûts réellement supportés par les gestionnaires.

[2004] *La concession en débat*, *préc.*, p. 111 et s.

969. Le droit et la pratique proposent de nombreux outils favorables à la conventionalisation du profit et au suivi de son niveau sur toute la période d'exploitation. Certains sont classiques et bien connus des autorités concédantes. Il en va ainsi des clauses de révision tarifaire, de rendez-vous, ou des clauses indexant le financement public aux résultats financiers de l'exploitation. Toutefois, on remarque que bien souvent, de telles clauses ont un effet automatique et que le risque de déconnexion avec les coûts de l'exploitation est réel. Il est alors nécessaire d'aller au bout de leur principe et d'approfondir leur usage en vue d'une réelle régulation de la rémunération du concessionnaire (§1).

970. En outre, plusieurs propositions plus innovantes pour les contrats de concession en droit français, pourraient être faites pour contraindre le profit des contractants. Si certaines posent les bases d'une rentabilité limitée par le partage des revenus, d'autres mettent en œuvre des procédés qui usent du risque d'exploitation pour ajuster le profit ou les pertes de la concession. Mais, alors, c'est la question même de l'identification de la concession par le transfert du risque d'exploitation qui peut être remise en cause (§2).

Paragraphe 1 - Une régulation à approfondir

971. Pour garantir l'équilibre du contrat, les parties s'entendent généralement sur l'application de clauses qui ont pour objectif sa conservation face à la conjoncture économique ou à la structure du service. Parmi celles-ci, on retient les clauses de révision tarifaire dont la forme varie. Elles peuvent être des clauses d'indexation paramétrées, par lesquelles le tarif du service public évolue en fonction d'indices déterminés *ab intio*. Elles peuvent également être des clauses de rendez-vous ou dites de « revoyure », basées sur la renégociation cyclique en cas de survenance d'évènements définis. Ces outils lorsqu'ils sont automatisés, peuvent être favorables au cocontractant sans pour autant correspondre à une réalité économique. Or, dans sa conception, la révision des termes du contrat doit emporter des considérations globales sur l'économie générale et non sur la seule augmentation des coûts de la gestion. En ce sens, la révision automatique de l'équilibre économique doit non seulement fonctionner en cas de hausse des coûts, mais aussi en cas de baisse (A).

972. Par ailleurs, le cahier des charges peut prévoir que le risque du concessionnaire est limité et qu'il bénéficie en ce sens d'une participation financière de l'autorité concédante. Ces clauses qui se basent sur des données prévisionnelles ne devraient pas être intangibles. En l'occurrence, si les données réelles s'avèrent meilleures que celles prévues, le financement

public devrait en suivre l'évolution. L'ajustement des financements publics est un moyen simple de réguler la rémunération du concessionnaire, mais passe essentiellement par un effort de contrôle sincère et régulier de la personne publique. Cette régulation du financement public peut, en outre, s'accompagner de l'introduction d'une rémunération du concessionnaire qui déconnecte les coûts et les recettes, soit une rémunération plus incitative et rationalisée (B).

A. La révision tarifaire

973. Les clauses de révision du tarif ou celles relatives à la détermination du tarif du service public sont des clauses essentielles du contrat. Elles sont des clauses déterminantes pour l'équilibre économique. Leur utilisation souvent banalisée, n'est pourtant pas sans interroger quant à un effet levier sur la rémunération du concessionnaire et sur le niveau de profitabilité de son opération. On peut distinguer deux types de révisions tarifaires. La première, consiste en une révision périodique des conditions tarifaires qui aboutit ou non à la révision du tarif des redevances du service public (1). La seconde, est une révision automatique des tarifs pratiqués en fonction de l'indexation des coûts sur l'inflation constatée et retranscrite par des indices prédéterminés (2).

1. La révision périodique

974. La révision tarifaire est permise par une clause de sauvegarde de l'équilibre économique par la voie du prix et selon la prestation demandée au cocontractant. Dans les marchés publics, le prix est réputé ferme lorsque « *cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché public du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations* ». Le prix ne peut être révisé, il est éventuellement actualisé pour tenir compte des effets du temps sur l'argent[2005]. *A contrario*, lorsque le prix est révisable, les clauses du contrat prévoient *ab initio* les modalités de révision et la méthode de calcul du prix qui prend en compte soit une référence définie par les parties, soit une formule paramétrique qui tient compte de l'évolution des coûts de la prestation, soit encore une combinaison des deux. De cette manière, le cocontractant de la personne publique est assuré de la correspondance entre la valeur du prix

[2005] D. n°2016-360, Art. 18.

du marché public à la date de la signature et la valeur du prix du marché public à la date de son paiement.

975. Dans les contrats de longue durée qui emportent un transfert du risque d'exploitation, le cocontractant est censé prendre en charge l'évolution des coûts et en subir les conséquences financières. C'est ainsi que dans des conditions d'exploitation normales, une concession ne peut introduire des mécanismes permettant au cocontractant de couvrir systématiquement les coûts qu'il supporte. En l'occurrence, la révision automatique des tarifs du service public doit être considérée comme une garantie de rentabilité de l'exploitation, et une clause d'extinction du risque lié aux coûts. Pour autant, les clauses de révision sont constantes dans les contrats de concession avec pour objectif d'actualiser les coûts et les tarifs du service public au regard du temps. On distingue les clauses de révisions périodiques et les clauses de révision activées lors de la réalisation d'un évènement exceptionnel. Les premières visent à instaurer un cycle de « revoyure » où les parties peuvent faire un point sur les conditions financières du contrat. Pour la période donnée (par exemple, cinq ans[2006]), l'analyse portera sur le différentiel de résultats entre le prévisionnel et l'exécuté, ce qui doit conduire, ou non, à la révision. Les secondes sont, elles, plus ponctuelles et ne prévoient de révision que pour l'occurrence d'un événement prédéfini lors de la négociation. Il en va ainsi lorsqu'il y a un changement d'ordre économique, législatif ou des accidents technologiques[2007].

976. L'objectif des clauses de révision est « *de maintenir un résultat financier donné, constituant une rémunération normale, compte tenu du savoir-faire qu'il apporte, des risques qu'il prend et des frais indirects qu'il supporte* »[2008]. Les clauses de révision doivent corréler au risque transféré au concessionnaire car, à défaut, elles sont des garanties de résultat contraires au droit des concessions. Dès lors, si les parties conviennent que la concession transfère le risque de fréquentation, une révision tarifaire induite par la baisse de fréquentation des usagers n'est pas légitime. Pour que la révision soit pertinente, l'autorité publique doit se rapprocher des résultats financiers de son cocontractant et étudier les raisons d'une révision. Sur la base d'un prévisionnel sincère et loyal, tout écart entre ce qui est prévu et ce qui est exécuté, ne doit pas *de fait* entrainer une révision tarifaire. Seuls les écarts qui ne trouvent pas

---

[2006] RICHER (L.), *Délégations de service public*, *op. cit,* III.640, p. 1, mise à jour n°17.

[2007] V. à ce sujet, DREYFUS (J.-D.), « Prévenir les incidents d'exécution d'une délégation de service public : les clauses de revoyure », *A.J.C.T.*, 2011, p. 500.

[2008] *Ibid.*, RICHER (L.).

leur cause dans un risque transféré au concessionnaire peuvent engendrer une révision de l'équilibre économique.

977. On comprend ainsi que les clauses de révision ne sont pas seulement des clauses dont l'objet est de réviser favorablement pour le concessionnaire les conditions tarifaires, mais devraient servir aussi à la révision des tarifs favorablement aux usagers. Elles seraient en ce sens des clauses de cadrage de la rémunération du cocontractant[2009]. Dans une affaire *Société Vivendi*[2010], le juge a reconnu la possibilité offerte aux autorités concédantes de « forcer » la révision tarifaire ou les conditions de rémunération du concessionnaire lorsque le marge du gestionnaire est manifestement disproportionnée entre celle annoncée « *dans son compte rendu financier (2,5 %) et celle résultant de ses propres évaluations (30 %)* »[2011]. En l'absence de renégociation amiable, elle est fondée à résilier le contrat pour faute du cocontractant. Il demeure que le préalable à ces clauses de cadrage est la nécessaire connaissance des coûts réels de l'exploitation. L'environnement global de la concession doit être appréhendé, ce qui induit « *un pouvoir d'investigation étendu* »[2012] qui dépasse le seul contrôle juridique du rapport annuel du délégataire.

2. La révision automatique

978. La révision automatique des tarifs fonctionne sur le modèle d'une formule paramétrique indexée sur des indices prédéfinis. Ici, les parties n'ont pas à renégocier les termes du contrat, mais valident et constatent l'application des variables selon une fréquence généralement annuelle. On considère alors que ces formules sont une barrière conventionnelle à l'imprévision[2013].

[2009] COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *Dr. adm.*, n°5, Mai 2006, étude 9.

[2010] C.A.A. Nancy, 20 déc. 2007, req. n°05NC00897, *Société Vivendi c. Commune de Saint*-Dizier ; FEVROT (O.), « Oxymore pour les contrats administratifs : la modification unilatérale consentie des clauses financières », *Contrats et Marchés publ.*, n°4, Avril 2008, comm. 77.

[2011] *Ibid.*

[2012] *Supra*, RICHER (L.), p. 2.

[2013] Ces formules viennent prendre en compte l'inflation des coûts constatés. Ainsi, elles réduisent les cas d'imprévision telle que née de la jurisprudence *Compagnie d'éclairage au gaz de Bordeaux* (*préc.*) car les écarts éventuels constatés suite au calcul de la formule sont de la responsabilité du cocontractant. Ainsi, hormis un bouleversement de l'économie du contrat par un évènement exogène, les erreurs liées à l'inefficacité des indices choisis sont inopérants pour invoquer la théorie de l'imprévision, C.A.A. Bordeaux, 3 mai 2011, req. n°10BX01996, *Société Gagne*, *Contrats et Marchés publ.*, n°7, Juillet 2011, comm. 207, note LLORENS (F.) ; n°2, Février 2012, comm. 44, note VILA (J.-B.).

979. La réévaluation par formules se présente de manière à ce que le prix initial puisse évoluer en fonction de l'écart mesuré entre la valeur des coûts initiaux et les coûts actuels. Il s'agit d'une actualisation des coûts. L'article 32 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 prévoit explicitement cette possibilité et dispose que « *la convention* (…) *précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution* »[2014]. Pour ce faire, les indices choisis doivent être en lien avec l'objet de la convention. Telle est l'obligation de l'article L.112-2 du code monétaire et financier qui interdit toutes évolutions « *fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties* »[2015].

980. L'influence de chaque indice dans la formule diffère selon la négociation et est pondérée selon la ou les activités, mais aussi selon l'importance de chaque poste de charges. Pour la collectivité, il s'agit de construire une formule avec le cocontractant qui corresponde au mieux à la structure des coûts qu'il supporte.

Exemples :

Équation 1 - Formule d'indexation des tarifs d'un contrat de concession de service public de crématorium[2016]

$$\frac{T}{To} = 0.15 + \left[0.35 \frac{S(1+K)}{So(1+K)} + 0.15 \frac{E}{Eo} + 0.35 \frac{FSD1}{FSD1o} \right]$$

Avec T/To = Coefficient de variation des tarifs

S = Indice INSEE 001567410 du taux de salaire horaire des ouvriers au jour de la révision

So = Indice INSEE 001567410 du taux de salaire horaire des ouvriers au jour du contrat

---

[2014] Y compris lorsque le délégataire est une émanation de l'autorité délégante, en l'occurrence une S.E.M.L., Rép. min., *J.O.R..F.* du 16 mars 2010, Q. n°36510.

[2015] V. *Supra*, Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes, Juillet 2013, p. 82 et s. ; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**,** Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, p. 93, paragraphe 403.

[2016] Contrat de concession du crématorium de la ville de la Seyne-sur-Mer, du 2 sept. 2011.

K =Pourcentage des charges sociales obligatoires à l'époque de la révision

Ko = Pourcentage des charges sociales obligatoires au jour du contrat (65%)

E = Coût de l'énergie à l'époque de la révision, indice EOT A NRG00000005M

Eo = Coût de l'énergie à l'origine. Indice « produits énergétiques » (EOTA NRG0000005M) publié au BMS[2017], connu au jour du contrat

FSD1 = Indice « Frais, divers et services » à la mise en service

FSD1o = Indice « Frais, divers et services » à la date de conclusion du contrat et publié au BMS

Ici la constante de la formule est de 15%. C'est-à-dire que le prix évolue sur 85 % dont la décomposition sur une base de 100% est décomposée selon : 35% sur le rapport en base salaire INSEE, 15% sur le rapport des coûts de l'énergie ; 35% sur le rapport des Frais divers et services. Les rapports sont calculés en fonction de la date de révision et la date de référence qu'est la conclusion du contrat.

Équation 2 - Formule d'indexation des tarifs d'un second contrat de concession de service public de crématorium[2018]

$$P = Po \times \left[0.05 + 0.95\left(0.75\frac{S}{So} \right) + 0.10\frac{EG}{EGo} + 0.15\frac{FSD1}{FSD1o} \right]$$

Po = Tarif en vigueur à l'ouverture de l'établissement

P = Tarif révisé

S = Moyenne sur les 12 derniers mois connus de l'indice trimestriel S du Salaire mensuel brut de base (Base 100 au 4ème trimestre 2008)

EG = Moyenne sur les 12 derniers mois connus de l'indice EG *Électricité, Gaz et Chaleur* (Base 100 en 2005)

[2017] Bulletin mensuel de la Statistique.

[2018] Contrat de concession du crématorium de la ville d'Aix-en-Provence, du 1er mars 2001, Rapport d'exercice 2012.

FSD1 = Moyenne sur les 12 derniers mois connus de l'indice FSD1 *Frais et Services Divers 1* (Base 100 en juillet 2004).

Ici, la constante d'évolution est de 5%. C'est-à-dire que le prix évolue sur 95% sur une base de 100% décomposée selon : 95% sur le rapport des salaires pondéré à 75% ; 10% sur le rapport du coût de l'énergie ; et de 15% sur le rapport des frais et services divers.

981. La construction de ces formules paramétriques permet de soulever différents points de vigilance pour que l'équilibre financier ne soit pas altéré. D'abord, le choix des indices doit résulter d'une étude préalable de l'autorité publique. Lorsque l'activité est consommatrice d'énergie (cas 1 et 2), la référence à un indice sur la production de l'électricité et du gaz est justifiée. Toutefois, la volatilité des prix applicables dans le secteur sur une période de cinq ans peut, lorsque le coefficient applicable est trop fort et non encadré, dériver vers une déconnexion entre le coût réel et le coût supporté[2019]. Puis, le choix de l'indice doit être suffisamment représentatif de la réalité des coûts moyens constatés pour les industries similaires. En ce sens, lorsqu'est choisi un indice basé sur le coût salarial, il convient de choisir une référence qui retrace le coût réel de cette charge pour les entreprises. Il en va ainsi lorsque l'indice prend en compte les effets du crédit d'impôt compétitivité emploi[2020].

982. De plus, et quoique cela ne soit pas obligatoire pour les conventions de délégation de service public, l'introduction d'une constante permet de réguler les variations annuelles pondérées selon les indices définis. En tant qu'élément fixe, le coefficient déterminé permet de lisser les effets de la révision. De cette manière, l'évolution des coûts dans la structure tarifaire n'est pas totale et encourage le cocontractant à fournir un effort de productivité et de performance pour maintenir son niveau de marge nette bénéficiaire[2021]. En règle générale, le prix est révisé sur une base de 70 % à 85 % de son total. Par ailleurs, d'autres indices pondérants peuvent venir compléter la formule mais cette fois pour contenir l'inflation des composantes du calcul porté sur la part évolutive.

983. Par exemple, dans le cas n°1, la révision du tarif du service portera sur 85 % du tarif mais n'augmentera sur cette quote-part qu'à hauteur de 35 % pour l'inflation du coût de la

---

[2019] À ce sujet, Rapport de la Cour des comptes de 2003 dans le secteur de l'eau et de l'assainissement, *préc*., p. 35.

[2020] Actuellement, seuls les indices ICHT de l'INSEE prennent en compte les effets de l'aide fiscale.

[2021] V. à ce sujet, *Délégation de service public*, *préc.*, III.630-2, p. 3.

main-d'œuvre, de 15 % sur le coût de l'énergie, et de 35 % sur les Frais divers et services. Dans le cas n°2, la formule paramétrique est indexée sur une évolution du coût de la main-d'œuvre qui représenterait dans le coût du tarif plus de 72 % (% S = 95% x 75% + 5 %).

984. Pour être équilibrées, les formules paramétriques doivent refléter une certaine réalité des coûts du concessionnaire. En cela, et par hypothèse dans le cas n°1, si les comptes d'exploitation du concessionnaire (prévisionnels et rapports annuels) démontrent que les coûts de fonctionnement rattachés à la main-d'œuvre sont inférieurs à 35 %, alors la formule paramétrique est dite inflationiste car elle fait évoluer plus vite à la hausse le tarif du service public que le coût des salaires pour le service. Il convient pour autant, de se référer à la date de référence 0 pour comparer l'évolution des coûts et vérifier les dérives[2022].

985. La Cour des comptes, à l'occasion d'un rapport sur les services d'eau et d'assainissement, a pu relever en ce sens des écarts significatifs entre le coût facturé aux usagers et les coûts réels d'exploitation[2023].

986. En sus, l'autorité concédante peut contrôler la variation des prix en instaurant des clauses « butoirs »[2024] qui ont pour effet de contenir toutes les évolutions de prix en-deçà d'un plafond contractuel. Si les prix dépassent le plafond, l'autorité est en mesure de s'opposer à la révision des tarifs pendant une période donnée.

987. L'intérêt de ces clauses est de permettre aux tarifs de la concession d'être cohérents avec les coûts qui les structurent. Cette cohérence en valeur n'est pas une garantie de rentabilité mais une garantie de correspondance entre les valeurs à date de conclusion du

---

[2022] Ainsi, si le prévisionnel pour une date n présentait un coût de fonctionnement de 30 % et que le rapport annuel à la date n présente un coût de fonctionnement voisin à 30 % alors on estime que la formule est correcte. Toutefois, si les coûts réels de fonctionnement ont diminué de plus de 20 %, alors on estime que la formule n'est plus adaptée à la réalité.

[2023] « *A titre d'exemple, dans de nombreux contrats, l'indice des salaires compte pour environ 50 % dans la formule de révision. Or, la lecture des comptes annuels fait apparaître que les charges de personnel ne constituent qu'environ un tiers de l'ensemble des dépenses liées à l'exploitation du service. Pour justifier ces écarts, les délégataires font valoir que d'autres postes budgétaires comportent, eux aussi, des charges de personnel. Ceci apparaît rarement de manière explicite dans les comptes rendus transmis aux collectivités délégantes. En l'absence de telles précisions, les délégants ne disposent donc pas des informations leur permettant de véritablement contrôler la pertinence de la formule de révision* », Cour des Comptes, Rapport public annuel, 2011, p. 15.

[2024] Circ. du 6 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, NOR: ECOM8710070C.

contrat et à date de révision. Néanmoins, les collectivités concédantes doivent veiller à leur utilisation et aux dérives qu'elles peuvent induire. Par exemple, les clauses d'indexation « cliquet »[2025] doivent être prohibées car elles ne font plus correspondre deux valeurs à une date donnée, mais définissent un avantage financier accordé au cocontractant. De même, le caractère « automatique » de la révision doit être fortement limité pour ne pas être une garantie de couverture des coûts car, en ne répercutant que la hausse des coûts dans les tarifs, ces clauses favorisent le déséquilibre économique par la déconnexion entre les coûts et le tarif de la redevance de service public. Le profit du concessionnaire n'est pas régulé mais au contraire amplifié puisque sa marge bénéficiaire est préservée et la hausse des coûts supportée uniquement par les usagers[2026].

B. La régulation de l'intervention publique

988. L'ajustement du financement public s'impose tant pour rationaliser la rémunération du concessionnaire en fonction de ses réels besoins financiers, que pour rationaliser l'interventionnisme public dans l'économie de la concession. En fait, l'augmentation ou le retrait du financement public dépasse des considérations seulement budgétaires pour s'apprécier au regard du droit de la concurrence. Les aides publiques sont limitées aux nécessités du service public (1). Il faut alors préférablement recourir à des mécanismes d'auto-financement de la concession par la concession, notamment en usant de la rentabilité des activités accessoires, de nature commerciale, pour financer l'activité moins rentable ou déficitaire grevée de sujétions de service public. On trouve alors deux méthodes. Soit, les activités rentables sont connectées aux activités déficitaires par des versements croisés ; soit les activités sont liées entre elles par un mode de financement unique, incitatif et performanciel (2).

[2025] T.A. Melun, 13 oct. 2009, req. n°0605819/2, *Commune d'Orly c. consorts Auguste*, *A.J.D.A.*, 2010, p. 331. Dans cette affaire, l'article 45 de la convention prévoyait : « *En raison de la situation économique pouvant se présenter dans le cours de l'exploitation, il est convenu que le tarif journalier des perceptions autorisées, fixé à l'article 33, comme celui de la surtaxe de balayage fixé à l'article 44 et les redevances et indemnités versées à la ville en application des articles 42 et 44 seront révisés chaque fois aux conditions du présent traité sans toutefois, en cas de baisse, revenir à des tarifs inférieurs à ceux initialement fixés, sauf accord contraire à réaliser entre les parties sur ce point particulier* ».

[2026] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, *préc.*, p. 510.

1. L'ajustement des financements publics

989. Lorsque la rémunération du cocontractant dépasse la rémunération raisonnable définie dans le prévisionnel, il devient obligatoire pour la personne publique de réviser les modalités financières de l'exploitation[2027]. En ce sens, la participation financière publique doit être réévaluée.

990. Cette préoccupation est ancienne. Par exemple, on la retrouve dans les débats parlementaires relatifs à une convention de concession passée entre l'État et la compagnie des messageries maritimes. À cette occasion, la résolution déposée par les députés DESSOYE, BINET et LEGRAND prévoyait, au nombre des principes essentiels de la convention de gestion du service, que « *des clauses impliquant le contrôle financier de l'État, la révisabilité des subventions suivant les résultats de l'exploitation et le partage des bénéfices* »[2028] devaient être incluses. Pour la personne publique, il s'agit de toujours vérifier que « *le service justifie réellement une aide publique* »[2029].

991. Il faut sytématiser la réflexion de l'ajustement du financement public dans les conventions portant gestion du service public. Cela vaut particulièrement lorsque le financement public est versé sous la forme de compensations d'obligations de service public[2030]. Si le cocontractant remplit ses obligations de service public, et que ses résultats dépassent un bénéfice raisonnable, le montant de la compensation versée par la personne publique doit être diminué de la différence entre la marge nette bénéficiaire prévisionnelle et l'excédent constaté. L'objet de la compensation est seulement de combler les seuls déficits engendrés par la poursuite des obligations particulières. La satisfaction des obligations de service public est alors une des conditions du versement de l'aide[2031]. Dès lors, si le bénéfice du cocontractant n'est plus raisonnable, cela suppose qu'il ne subit plus les pertes dues aux obligations de service public dans les mêmes proportions que celles initiales. À défaut de

---

[2027] C.A.A. Nancy, 13 févr. 2014, req. n°13NC00578, *Société Véolia Eau*, *préc.*

[2028] *J.O.A.N.* du 7 juillet 1909, p. 1860.

[2029] BERNERON-COUVENHES (M.-F.), « La concession des services maritimes postaux au xixe siècle. Le cas exemplaire des Messageries Maritimes», *Rev. éco.*, 1/2007 (Vol. 58) , p. 259 à 276.

[2030] V. *Infra*, Seconde partie, Titre I, Chapitre I, Section 1.

[2031] C.E., 6 mars 2015, req. n°377944, *Société Alliance*, *inédit*.

contrôle[2032] par l'autorité concédante et d'une réduction de son volume, la compensation assure une couverture du risque d'exploitation au concessionnaire[2033]. De plus, la compensation bascule dans le champ du droit des aides d'État. La Commission européenne a rappelé à l'occasion des règles relatives aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, que toute compensation « *ne doit couvrir que l'incidence financière nette de l'obligation de service public.* »[2034]. Lorsqu'un décalage est constaté, en faveur du gestionnaire, il est question de surcompensation et donc d'une aide d'État prohibée. Or, la requalification en aide d'État implique le remboursement des sommes perçues grevées d'intérêts de retard par le récipiendaire de l'aide ; ce qui, dans bien des hypothèses, peut mettre à mal la gestion de l'exploitation[2035].

2. Le financement incitatif

992. En économie, la théorie de l'agence traite des rapports de deux ou plusieurs personnes entre lesquelles il existe un lien de dépendance de situation mais de divergence d'intérêts[2036]. La relation d'agence est définie par JENSEN et MECKLING comme un contrat par lequel une ou plusieurs personnes (*« the principal(s) »*) engagent une autre personne (« *the agent* ») afin

---

[2032] « (…) *le contrat de service public doit en principe prévoir des contrôles réguliers pendant la durée du contrat afin de détecter à un stade précoce les situations manifestes de surcompensation et d'éviter qu'elles n'apparaissent, notamment en cas de contrat à long terme. Les autorités compétentes sont tenues de vérifier ex post le respect des clauses du contrat de service public sur toute la durée du contrat.* (…) *Toute surcompensation doit être appréciée séparément pour chaque contrat de service public afin d'éviter que les bénéfices excessifs liés à certains services publics ne soient lissés sur différents contrats*. », Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n°1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, *J.O.U.E.*, n° 2014/C 92/01 du 29 mars 2014., point 2.4.7.

[2033] C.A.A. Douai, 28 janv. 2016, req. n°13DA01570, *S.A. France-Manche et The Channel Tunnel Group LTD*, *inédit*.

[2034] COM n°1370/2007, *préc.*

[2035]Dans un exemple récent, le juge administratif rappelle qu'il est extrêmement compliqué d'engager la responsabilité de l'État pour faute après la récupération de l'aide d'État prohibée auprès de son récipiendaire. Ainsi, dans un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris dans l'affaire CELF, le juge a considéré que « *ni les dettes constituées par l'obligation de reverser le principal et les intérêts afférents à l'aide dont la société CELF a indûment bénéficié, ni la perte de cette aide contraire aux dispositions du droit de l'Union européenne prohibant les aides d'Etat ne sauraient constituer un préjudice indemnisable en lien direct avec les fautes commises par l'Etat français ; que, pour les mêmes motifs, la société MJA n'est pas fondée à soutenir que l'Etat bénéficierait d'un enrichissement sans cause par le reversement de l'aide illégalement versée et des intérêts y afférents* », C.A.A. Paris, 14 juin 2016, req. n°14PA02611, *Société MJA et société CELF*, *inédit*. La société CELF ayant été mise en liquidation judiciaire dès 2009.

[2036] JENSEN (M.C.), MECKLING (W.), « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, 3 (4), 1976, p. 305 à 360.

d'effectuer un service en leur nom et dans leur intérêt et qui suppose pour y parvenir de déléguer un certain pouvoir de décision vers l'agent[2037]. La théorie de l'agence part du postulat selon lequel l'agent ici engagé dispose de compétences supérieures pour parvenir aux fins du principal, et qu'à cet effet, naît de cette relation une certaine *asymétrie informationnelle*. L'opportunité de l'agent est de ne pas toujours poursuivre les intérêts du principal pour poursuivre ses propres intérêts. La conséquence de cette relation déséquilibrée est l'émergence de coûts dits « d'agence » illustrés par les coûts engendrés par le principal pour obtenir les informations et contrôler l'agent et des coûts engendrés par l'agent pour satisfaire le principal et lui fournir les informations. Pour réduire ces coûts et favoriser la meilleure gestion de son actif, le principal a la possibilité d'inciter le mandataire par le levier financier. En ce sens, en introduisant l'incitation pour l'agent, le prinicpal suggère à l'agent de gérer de manière performante ses intérêts en récompense de laquelle il lui accordera un supplément de rémunération. En d'autres termes, la rémunération incitative est une tentative de conciliation d'intérêts dans l'objectif d'augmenter la performance et de réduire les gestions opportunistes[2038].

993. Dans les relations avec une dépendance hiérarchique de type employeur-salarié ou actionnaire-gestionnaire, la rémunération incitative prend le plus souvent la forme d'une double rémunération. Une première part de rémunération est basique, fixe et correspond à la rémunération normale du subordonné pour sa prestation. Une seconde part de rémunération est elle incitative, variable et s'indexe sur la performance du subordonné dans la réalisation des objectifs de gestion ou de prestation qui lui sont imposés. La rémunération incitative est ainsi conditionnée au comportement du subordonné, l'attente du décisionnaire est de garantir ses intérêts et de limiter les effets de l'asymétrie d'informations.

994. On trouve ce mode de raisonnement dans le cadre du financement public des politiques publiques. Le financement incitatif est le modèle économique selon lequel l'opérateur ciblé est encouragé à opter pour un comportement donné, déterminé par l'autorité régulatrice. Le financement par une redevance incitative (R.I.) s'illustre parfaitement en matière de service

---

[2037] *Ibid.*, « *We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent.* », p. 308.

[2038] « *The principal can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities, of the agent*. », *ibid.*, p. 308.

public d'enlèvement des ordures ménagères[2039]. Dans ce scénario, l'objectif de la politique publique est de maitriser les coûts de l'enlèvement voire du traitement des ordures ménagères, et de responsabiliser les usagers dans leur production de déchets. Ainsi, la redevance qui est prèlevée sur les usagers comprend une part fixe avec des coûts non individualisables et une part variable qui prend en compte, par exemple, le volume de déchets de l'usager, le poids des déchets, le type de déchets (recyclables ou non) et le tri des déchets. L'usager est, au travers de la part variable, incité financièrement à réduire ses déchets et à favoriser le tri des déchets recyclables.

995. L'équilibre économique de la concession peut sur la forme s'inspirer de ce schéma de l'agence avec lequel il existe de nombreuses similitudes[2040]. D'abord, il existe un rapport de type « mandant-mandataire » avec un contrat fiduciaire par lequel, la personne publique engage le concessionnaire à satisfaire le besoin des usagers du service public. Puis, dans ce rapport contractuel, la personne publique qui a concédé la gestion du service public, subit l'asymétrie informationnelle et ne peut concrètement et matériellement, reconstituer l'intégralité des coûts de l'exploitation sans s'immiscer dans la gestion de l'opérateur. Les coûts d'agence se constituent par les frais engagés pour le contrôle du concessionnaire, ainsi que par les coûts cachés volontairement ou non qui naissent de cette asymétrie.

996. Aussi, l'équilibre économique des concessions de service public peut s'inspirer sur le fond de ces modèles incitatifs. Contrairement aux marchés publics - hors marchés de partenariat qui se fonde sur ce principe de prix/performance[2041] - où le prix contrepartie fixe ou forfaitaire demeure sans trop d'exceptions[2042], les contrats de concessions de service public sont très largement et intrinsèquement empreints de performance[2043]. Si la performance s'est longtemps manifestée par un modèle économique basée sur le volume (rémunération indexée

---

[2039] Ce modèle incitatif se décline aussi lorsque service est financé par une taxe d'enlèvement des ordures ménagères, v. à ce sujet, Rapport d'information n° 323 (2013-2014) au Sénat, de MM. GERMAIN (J.) et JARLIER (P.), fait au nom de la commission des finances, déposé le 29 janvier 2014.

[2040] BONNAFOUS (A.), « Tarification optimale et formes contractuelles dans un programme d'infrastructures en PPP **»,** *préc.*

[2041] Ord. n°2015-889, Art. 83, I.

[2042] Notamment les marchés publics globaux de performance, *Ibid.*, Art. 34. En est un exemple le contrats de performance énergétique.

[2043] LINDITCH (F.), « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *R.F.D.A.*, 2014, p. 403.

sur la fréquentation), nombreux sont les contrats qui désormais, lorsque l'objet du service public s'y prête[2044], organise un modèle incitatif de rémunération du gestionnaire[2045].

997. On peut reprendre ici l'exemple précédent du service public de traitement des ordures ménagères[2046]. Le cocontractant s'engage sur un volume (tonnage) d'ordures ménagères annuel, qu'il doit traiter et éventuellement valoriser[2047]. Le mécanisme incitatif fonctionne alors de la manière suivante. Soit le gestionnaire atteint le volume minimal, dans ce cas il obtient une rémunération dite de base ; soit il atteint un volume supérieur et dans ce cas il peut prétendre à une rémunération supplémentaire, la rémunération de sa performance. Cette rémunération à la performance est protéiforme. Par exemple, le concessionnaire peut être autorisé à conserver la totalité des recettes supplémentaires ; mais il peut aussi bénéficier d'un taux de rémunération supérieur au taux de base. Si le gestionnaire n'atteint pas ses objectifs conventionnels minimum, il est alors sanctionné par la personne publique contractante sur le fondement d'une *obligation de résultat non réalisée*. La conséquence est qu'elle n'est pas une clause *pénale*, mais un systèmde de *bonus-malus* non modulable sauf *disproportion manifeste* avec la valeur du contrat[2048].

998. Mais, la rémunération à la performance peut aussi être indexée sur des indicateurs qualitatifs. Selon la qualité atteinte, il perçoit une rémunération supplémentaire. Cette qualité peut être celle perçue par l'usager, il en va ainsi des indicateurs utilisés pour les facilités routières[2049], ou pour l'eau potable. Elle peut aussi être la qualité induite par le rendement du service et des infrastructures, où l'exemple des réseaux de distribution d'eau potable peut être repris[2050].

[2044] Tel est souvent le cas dans les services publics de réseaux ou les infrastructures autoroutières.

[2045] Première Partie, Titre II, Chapitre I, Section 1.

[2046] AMORCE, *Tarification incitative : conseils et retours d'expériences*, Juillet 2014, www.amorce.asso.fr en libre accès.

[2047] C.A.A Lyon, 3 nov. 2011, req. n°10LY00536, *Société Véolia Propreté*, *J.C.P.A.*, n°26, 2 Juillet 2012, 2226, comm. VILA (J.-B.).

[2048] Pour un exemple récent, C.A.A. Lyon, 3 oct. 2013, req. n°12LY01897, *Communauté urbaine de Lyon et Société Valorly*.

[2049] V. Cour des Comptes, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Juillet 2013. V. Décret n°0026 du 29 janvier 2016 approuvant le deuxième avenant à la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau et au cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°0026, du 31 janvier 2016, texte n°5, Annexe, Art. 14.

[2050] Contrat de délégation du service public de production et de distribution d'eau potable de la communauté urbaine de Lyon, du 3 février 2015.

999. Dans cette conception, la rémunération incitative peut contribuer à trois objectifs. Le premier, et à l'image des contrats issus des modèles *P.F.I.*, est qu'il introduit un risque économique dans l'équilibre économique par le mode de rémunération. Le deuxième est qu'il permet de rationaliser les profits cachés de la concession en encourageant la transparence du concessionnaire sur les coûts de gestion. Enfin, il permet une gestion performante de l'exploitation en encourageant la maitrise des coûts[2051], la rationalisation du besoin, mais aussi la liberté de gestion. On peut illustrer cette hypothèse par un exemple concret. Lorsque le service public nécessite l'octroi d'avantages ou de C.O.S.P., la partie correspondante aux surcoûts de service public est intégralement supportée par la personne publique. De son côté, le gestionnaire du service n'est pas pleinement incité à la réduction des coûts liés. D'abord, il sait que les surcoûts du service public lui sont intégralement compensés sans qu'il ait à fournir un quelconque effort de maitrise des coûts. Puis, il lui revient de « présenter » les coûts de l'exploitation selon ses comptes de gestion pour lesquels il dispose seul de l'information correcte. Ainsi – cela est particulièrement vrai lorsque la comptabilité analytique n'est pas systématiquement imposée – le gestionnaire est en mesure de lisser ses coûts d'exploitation entre activité sans sujétions et sujétions de service public, de manière à toujours maintenir virtuellement les surcoûts d'obligations de service public. Le concédant n'est donc pas en mesure de reconstruire la réalité des coûts d'exploitation.

1000. Pour réduire l'opportunisme dans la gestion du concessionnaire, le modèle de la compensation des obligations de service public par liaison financière entre activités rentables et activités moins/non rentables peut être autrement une forme d'incitation. Le financement croisé ou autrement appelé le modèle de la « *subvention croisée inversée* » est convaincant[2052]. Ainsi, il limite le financement direct par les deniers publics, limite l'indexation tarifaire, et donne une liberté de gestion au concessionnaire tout en tirant le maximum du droit

[2051] Car dans cette hypothèse, la recette tirée de la redevance incitative est déconnectée des coûts. T. PEZ explique en ce sens que *« lorsque le contrat est dit « incitatif », c'est-à-dire qu'il « déconnecte recettes et dépenses », les premières étant fixées définitivement par le contrat, l'exploitant n'ayant pas d'autre choix que de comprimer les secondes par une meilleure productivité, le risque « dépenses » est entièrement à sa charge et il tire son profit de la compression des coûts qu'engendre son activité* », *R.F.D.A.*, 2016, p. 237.

[2052] La subvention croisée est, elle, prohibée, v. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section I.

d'exploiter[2053]. On voit là un esport de cercle vertueux de financement[2054]. Admise par le droit européen, ce modèle doit servir de référence pour satisfaire l'intérêt du service, et satisfaire le niveau de rémunération du concessionnaire, opérateur économique[2055].

1001. Il reste toutefois que l'option de la rémunération incitative du concessionnaire est intimement conditionnée à l'amélioration du niveau de contrôle opéré par la personne publique. Pour fonctionner, l'autorité concédante doit fixer des objectifs contractuels, des indicateurs pour les suivre et accepter de contrôler précisément les comptes de la gestion par leur prisme. Elle doit se positionner en tant qu'organe de régulation. En l'absence d'un tel contrôle, la rationalisation des coûts d'exploitation et du profit illégitime du concessionnaire n'est pas envisageable, quel que soit l'outil mis en œuvre.

Paragraphe 2 - Une régulation à réinventer

1002. L'intéressement de la personne publique concédante est souvent avancé comme solution au remède de la surprofitabilité, d'introduire des clauses de partage des bénéfices, dites clauses de réversion ou de redistribution de profits. Ces clauses indexées sur les résultats (chiffres d'affaires, résultat net, E.B.E.) peuvent autant être perçues comme des plafonds à la rentabilité de l'exploitation, que comme des plafonds à sa performance. Selon l'indicateur choisi comme index de référence, le concessionnaire peut être plus ou moins encouragé à produire du service. Par ailleurs, l'obstacle à la productivité du concessionnaire n'est pas le seul. Ces clauses soulèvent la question de la destination des flux prélevés au bénéfice de la personne publique et de leur légitimité. Car il faut le rappeler, les surprofits tirés des redevances perçues sur les usagers démontrent une forte probabilité de surtarification. Et,

---

[2053] Car la rémunération incitative est la contrepartie d'un contrat fortement risqué, TIROLE (J.), *Concessions, concurrence et incitations, in Henry (C.) et Quinet (E.) (ss dir.), Concurrence et service public,* texte des conférences Jules DUPUIT, présidées par Marcel Boiteux : L'Harmattan, 2003, p. 75-94, p. 92.

[2054] « *En d'autres termes, rien n'empêche un opérateur, investi d'une mission de service public et exerçant parallèlement sur un secteur concurrentiel, d'utiliser une partie des ressources qu'il tire de son activité sur les marchés ouverts à la concurrence pour financer des missions de service public qui, par nature, sont déficitaires* », KARPENSCHIF (M.), « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *préc.*

[2055] « *Le recours aux subventions croisées, par lesquelles une entreprise fait supporter tout ou partie des coûts de son activité sur un marché par des ressources tirées d'une activité sur un autre marché ne saurait être prohibé par principe. Il constitue un ressort essentiel du développement et de la diversification des entreprises* », Conseil d'État, Rapport public, 2002, études et documents, spéc. p. 273.

quoique relatif, le principe d'équivalence et de proportionnalité impose à ce que l'affectation des recettes corresponde à une contrepartie pour l'usager payeur. (A).

1003. Aussi, face à la relative efficacité des clauses existantes de sauvegarde de l'équilibre économique et de contrôle du profit du concessionnaire, la doctrine et la pratique ont proposé des outils de rupture avec la tradition des conventions « classiques ». Cette rupture, permise par l'accroissement de la liberté contractuelle dans les contrats ayant pour objet l'intérêt général, a donné lieu à certaines idées novatrices. Au nombre de ces idées figurent les outils de régulation des revenus tirés par le cocontractant par des indicateurs capés, qui plafonnent les gains de l'exploitation. Au nombre de ces outils figure la modulation de la durée en fonction de l'exploitation. Cette durée est dite endogène[2056] car elle s'ajuste selon les résultats d'exploitation entre un minima et un maxima de revenus, déterminés en amont, et qui conditionnent l'équilibre économique du contrat. L'équilibre économique est alors maintenu dans un état de « normalité » du risque d'exploitation selon les conditions du cahier des charges (B).

A. L'intéressement du concédant

1004. En tant que gestionnaire du service, le cocontractant bénéficie des fruits de l'exploitation. Mais ce droit financier n'est pas exclusif d'un intéressement financier de l'autorité concédante[2057]. Au-delà de la redevance domaniale qui est de droit[2058], la convention peut prévoir divers dispositifs de rétribution financière en faveur de la collectivité concédante[2059]. Tel est le cas des redevances indexées sur le chiffre d'affaires ou sur le résultat d'exploitation. Dans une décision *Époux Di Vita*[2060], il a été admis qu'une redevance d'exploitation puisse être calculée sur les recettes du service public de l'eau au profit du concédant.

[2056] COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *préc.* ; ENGLE (E.), FISCHER (R.), GALETOVIC (A.), « Least-Present Value of Revenue Auctions and Highzoay Franchising », Working Paper 6689, *National Bureau of Economic Research*, Cambridge, 1998, USA.

[2057] *J.O.A.N.* du 7 juillet 1909, p. 1860. V. aussi, BERNERON-COUVENHES (M.-F.), « La concession des services maritimes postaux au xixe siècle. Le cas exemplaire des Messageries Maritimes», *Rev. éco.*, 1/2007 (Vol. 58) , p. 259 à 276.

[2058] V. *Supra.*

[2059] Cet intéressément n'est pourtant pas nouveau, on n'a pu le voir avec des contrats de concessions de chemins de fer dès 1843. V. *Supra,* BEZANÇON (X.), Thèse, *préc.*, p. 120 et s.

[2060] T.C., 4 févr. 1974, req. n°01991, *Leb.*, p. 789.

1005. C'est cette approche qui a été retenue pour sauvegarder l'équilibre économique des concessions d'autoroutes[2061]. En ce sens, la Cour des comptes relève que « *les nouvelles conventions de concession protègent les intérêts du concédant avec une clause de partage des résultats de la concession et/ou de fin anticipée si le chiffre d'affaires est plus important que ne le prévoyaient les parties au contrat.* »[2062]. L'Autorité de la concurrence précisant toutefois que ces « *ces clauses s'apparentent plus à des clauses de remboursement (éventuel), par les SCA* (Sociétés concessionnaires d'autoroutes), *des concours publics dont elles ont bénéficié qu'à de véritables clauses de partage des résultats.* »[2063].

1006. La concession du tronçon d'autoroute A19 est un exemple d'application. On y trouve une clause de réversion qui s'enclenche « *dès lors que le chiffre d'affaires hors taxes cumulé depuis le début de la concession jusqu'au 31 décembre de l'année N, exprimé en euros valeur 30 juin 2003, est supérieur ou égal à 1 500 000 000 (un milliard cinq cents millions) d'euros valeur 30 juin 2003* ». Alors, « *le concessionnaire verse avant le 15 février de l'année (N + 1) au concédant et aux collectivités locales contributrices une redevance globale PN* »[2064].

1007. Ces reversements ont pour intérêt principal d'assurer une régulation de la rémunération du concessionnaire et, tendent à éviter la constitution d'un « *manque à gagner du délégant* »[2065]. Ces clauses de réversion sont même courantes dans les contrats usant du modèle du *Private finance initiative* et notamment dans les *Build, Operate and Transfer* d'infrastructures. On y constate que les « *excès de revenus* »[2066] sont partagés entre les partenaires au projet par la voie de « *benefit-sharing-clause* »[2067]. Par exemple, dans la concession quadripartite pour une liaison fixe transmanche (Eurotunnel), l'article 29.4 prévoit qu' « *à partir du soixante-cinquième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Concession, chaque Entreprise verse au Concédant concerné une somme totale annuelle, incluant toutes les formes d'imposition sur les sociétés, égale à cinquante-neuf pour cent de ses bénéfices*

[2061] Code de la voirie routière, Art. L.122-4.

[2062] Communication à la commission des finances de l'Assemblée nationale, Juillet 2013.

[2063] Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, paragraphe 508, p. 113.

[2064] Décret n°2005-334 du 7 avril 2005, Art. 30.

[2065] ZIANI (S.), *Dr. adm.*., n°5, Mai 2011, étude 10, *préc.*

[2066] COSSALTER (P.), DU MARAIS (B.), *La Private Finance initiative*, Institut de la Gestion Déléguée, Mars 2001, p.15.

[2067] TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *Build, Operate and Transfer. Modalité de partenariat public-privé, approche Law and economics*, *préc.*, p. 640.

avant impôts (…) »[2068]. Plus techniques encore, sont les exemples de clauses de redistribution ou de renégociation imposées suite au *refinancement* du concessionnaire. Lorsque la société titulaire du contrat renégocie à la baisse ses conditions de financement, elle réduit ses frais financiers. Les contrats de *P.F.I.* prévoient, en règle générale, le partage des bénéfices tirés du refinancement[2069]. Les contrats de partenariat en droit français l'ont aussi intégré à l'article L.1414-12 du C.G.C.T. De cette manière, si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le partage, la personne publique peut par *décision unilatérale*, modifier les clauses du contrat pour tenir compte de ce *gain de gestion*[2070].

1008. Toutefois, en dehors de concessions d'envergure comme l'illustrent les exemples précédents d'infrastructures et services routiers, l'esprit de « coopération »[2071] entre le concédant et le concessionnaire demeure assez difficile à initier. Les clauses de réversion sont soumises au conflit de puissance économique[2072] entre le concédant et son concessionnaire. En découlent des comportements opportunistes[2073]. Selon le référentiel d'indexation sur laquelle la réversion sera calculée, le concessionnaire est plus ou moins en mesure d'en manipuler le *quantum*. Si le chiffre d'affaires est peu manipulable lorsqu'il est le cumul des produits d'exploitation fondé sur la fréquentation de l'ouvrage et du service, le résultat net d'exploitation l'est beaucoup plus. Simplement, le gestionnaire peut lisser ses charges d'exploitation de manière à réduire son résultat net, et réduire en conséquence la somme à reverser à l'autorité publique. Tel est le cas des frais annoncés « Frais de structure », « Frais

---

[2068] Concession quadripartite entre la France, Royaume-Uni, France Manche S.A. et Channel Tunnel Group Ltd., conclue le 14 mars 1986.

[2069] COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, *préc.*, p. 754.

[2070] C.G.C.T., Art. L.1414-12 CGCT, h).

[2071] « *Il faut prendre pour l'exécution de cette convention le contre-pied de l'esprit qui règne généralement entre l'État et ses contractants. Au lieu de considérer que les contractants sont deux adversaires qui doivent autant que possible profiter l'un de l'autre, en interprétant toujours à leur profit exclusif les termes du contrat, il faut considérer que ce sont deux associés qui doivent s'unir pour tirer le meilleur parti possible des conditions de ce contrat d'intérêt général* », BERNERON-COUVENHES (M.-F.), *préc.*

[2072] On peut lire dans l'avis n°2017-053 rendu par l'ARAFER le 14 juin 2017, que « *Le niveau de rémunération des capitaux investis résultant des augmentations tarifaires prévues en compensation des opérations envisagées dans le projet d'avenant apparaît, en outre, supérieur au coût moyen pondéré du capital, sans que ce supplément de rémunération ne puisse être justifié autrement que par le résultat de la négociation.* », p. 24, §150.

[2073] RICHET (C.), SOULÉ (B.), DURAND (C.)*, préc.*, p. 49.

de siège » voire même des « Frais financiers »[2074] et qui sont des données propres aux concessionnaires et pour lesquelles l'autorité publique a une information très limitée.

1009. Par ailleurs, la systématisation de clauses de réversion peut rebuter certains soumissionnaires lorsque la rentabilité de la concession n'est pas aussi élevée qu'un investissement dans la sphère concurrentielle. Ainsi, on en perçoit l'utilité seulement dans le cas des exploitations qui, après amortissement des investissements, sont des rentes financières pour le gestionnaire[2075]. On peut prendre l'exemple de la délégation de service public des parcs et cimetières et crématorium du complexe funéraire de Bron et Rillieux-la-Pape. Dans l'avenant de prolongation permettant le financement des travaux de mise aux normes des cheminées du crématorium, on retrouve une clause relative à la redevance « d'occupation domaniale » supplémentaire qui lie prévision de prolongation et résultat net d'exploitation. Ainsi, la redevance est composée de « *66 % de la marge nette dégagée par crémation au-delà des prévisions de crémations servant de base au compte d'exploitation prévisionnel 2016-2023* »[2076]. Cette méthode, qui détourne l'usage de la redevance d'occupation domaniale, a été choisie pour limiter les effets d'une sous-estimation des prévisionnels de la prolongation, alors que la période antérieure d'exploitation démontre une constante augmentation du chiffre d'affaires[2077].

1010. Enfin, et bien que ces clauses paraissent acceptables par leur finalité, elles ne sont pas sans interroger sur leur bien-fondé. Parce qu'elles sont en majorité constituées par un surplus tarifaire, elles sont une entrave au principe d'équivalence entre le prix du service et la contrepartie perçue par l'usager. Lorsque le gestionnaire du service public dégage des profits

---

[2074] Tel est le cas de certaines sociétés concessionnaires qui indexent un taux de frais financiers sur le montant de la V.N.C. des biens en concession. En pratique, les frais financiers sont apurés sur une période couvrant le début du contrat jusqu'à la phase dite « de rente ». Or, en indexant de cette manière un taux sur V.N.C., le concessionnaire organise un gain de gestion opérée par la déduction de ces frais aux résultats jusqu'au terme du contrat (V.N.C. = 0).

[2075] Particulièrement les infrastructures routières à péage ou le service de l'eau et de l'assainissement. Mais on peut penser que sur des services de proximité comme les crématoriums, les clauses de réversion peuvent être un moyen d'écrêter la rentabilité excessive née de la déconnexion entre les estimations prévisionnelles et la réalité de la fréquentation du service sur les trente dernières années. Car, entre 1970 et 2015, la demande en crémation a augmenté de près de 35 %.

[2076] Avenant n°3 du 11 mai 2015 introduisant un article 20 au contrat de délégation de service public du parc cimetière du Grand Lyon – Site de Bron-Parilly, du parc cimetière du Grand Lyon site de Rillieux-La-Pape, de la conception, de la construction, de l'entretient et de l'exploitation du crématorium – complexe funéraire de Bron, du 23 décembre 1994.

[2077] En l'occurrence, la moyenne du chiffre d'affaires entre 1995 et 2015 inscrite au prévisionnelle était de 764 000 euros. Or, le réalisé démontre un chiffre d'affaires moyen de 1 014 000 euros soit un écart croissant de 25 %.

excessifs, cela suppose que l'usager paie un tarif supérieur à celui ayant servi de base à l'équilibre économique. Au-delà, l'équilibre économique est rompu[2078]. Néanmoins, la jurisprudence du Conseil d'État ne qualifie une redevance comme irrégulière qu'à l'occasion d'un écart « *excessif* » entre coût et contrepartie. Force est de constater que les requalifications de redevance en imposition sont sur ce point peu fréquentes[2079]. Demeure alors la problématique du traitement fiscal de redevances indexées sur le chiffre d'affaires ou, plus globalement, sur les résultats d'exploitation[2080].

1011. Aussi, le juge considère seulement comme irrégulières les réversions d'excédents de services industriels et commerciaux aux budgets locaux lorsque les sommes versées auraient été « *nécessaires au financement de dépenses d'exploitation ou d'investissement qui devraient être réalisées à court terme* »[2081], ou si leur versement est permanent, induisant un tarif trop élevé[2082].

1012. La légalité des clauses de rétrocession du profit ou du surprofit au concédant n'est que peu remise en cause et leur sanction limitée aux hypothèses extrêmes. Mais, s'il n'est au final pas de doute quant à leur légalité, c'est la moralité de ces dernières qui demeure discutable[2083]. On pourrait alors préférer un système dit de péréquation financière[2084]. La péréquation financière, principalement connue entre collectivités territoriales[2085] se définit[2086] comme « *un*

[2078] V. sur ce point ZIANI (S.)*, Dr. adm.*, n°5, Mai 2011, étude 10, *préc.*

[2079] HERTZOG (R.), « Le prix du service public », *A.J.D.A.*, 1997, numéro spécial, p. 55. V. pour une requalification d'une redevance perçue dans le cadre d'une concession en contribution indirecte, T.C., 27 nov. 2008, req. n° C3687, *Société Manutention Transports et Agences c. Commune de Saint-Barthelemy*, *Leb.* ; *A.J.D.A.*, 2009, p. 388.

[2080] Car la jurisprudence considère que les participations aux résultats d'exploitation font du bénéficiaire de la recette, un assujetti agissant en tant que tel au regard de la taxe sur la valeur ajoutée, C.E. 13 mars 1974, req. n°90766, *Sieur Guinet, Dr. fisc*. 1975, n°58, concl. DELMAS-MARSALET (J.). En l'occurrence

[2081] C.E., 9 avril 1999, req. n°170999, *Commune de Bandol*, *préc.*

[2082] C.E., 30 sept. 1996, req. n°165076, *Ville de Saint-Étienne*, *inédit* ; Rép. min., *J.O.R.F.*, 11 sept. 1999, p. 3717.

[2083] Contrairement aux services publics industriels et commerciaux gérés en régie, l'affectation des excédents n'est pas encadrée pour les contrats concédés. Or, si l'intervention financière d'un budget local est restreinte pour les S.P.I.C., l'inverse ne semble pas interdit. V. C.G.C.T., art. R. 2221-48 et R.2221-90.

[2084] LIGNIÈRES (P.), *Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires*, Paris : LexisNexis, coll. « Litec affaires, finances », 2ème éd., 2005, p. 212 et 213.

[2085] Article 72-2, al. 5 de la Constitution du 4 octobre 1958, introduit par la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003.

[2086] LAURENT (P.), « Les évolutions des dotations : les paradoxes de la péréquation », *R.F.F.P.*, du 1er fév. 2015, n°129, p. 37.

circuit financier fondé sur la coopération et la solidarité de ses membres en vue du financement d'une opération préalablement identifiée que l'un ou plusieurs d'entre eux assument effectivement »[2087]. Pour être applicable au financement des services publics, et se conformer à l'état actuel de la jurisprudence[2088], la péréquation financière ne peut être constituée que pour un service public de même nature que celui dont il tire cette ressource exogène et sous le contrôle de la même autorité organisatrice. Elle suppose, aussi, que ces flux soient parfaitement traçables, et qu'ils soient effectivement employés au bénéfice de l'amélioration du service public. En cela, la péréquation par captation des surprofits des concessions aurait une fonction de « *redistribution* »[2089] inhérente à la notion d'intérêt général.

B. L'introduction des plafonds de revenus

1013. L'introduction de paramètres contractuels organisant un plafond de revenus prend son inspiration dans la théorie des incitations et de la régulation. Le premier modèle de régulation est connu par le *cost plus* (coût du service) qui est une régulation des coûts par la fixation d'un coût supérieur par l'autorité régulatrice. La principale critique, mais fondamentale car contradictoire avec le but ici recherché, est que la fixation d'un *cost plus* est contreperformanciel. L'opérateur qui a connaissance d'un coût limite n'a aucun intérêt à réduire ses coûts en-deçà de la limite fixée. Au contraire, l'opérateur est incité à surinvestir pour accroître son taux de rentabilité interne base du calcul du coût limite[2090]. Cette critique formulée contre les modèles non incitatifs de coûts remboursés, a pu être formulée à l'encontre du mode de détermination des obligations de service public. La seule différence est qu'en principe, le coût fixé par le régulateur est celui constaté par comparaison avec le marché. Or, cette comparaison et, par principe, imparfaite[2091].

[2087] BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, p. 65.

[2088] C.E., 31 juill. 2009, req. n°296964, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble (GEG)*, *préc.*., §211, p. 120.

[2089] TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *préc.*, p. 633.

[2090] AVERCH (H.), JOHNSON (L.L.), « Behaviour of the firm under regulatory constraint », *The American Economic Review*, n°52, 1962, p. 1052 à 1069.

[2091] Car rappelons que le droit de la concurrence se suffit d'une procédure de mise en concurrence pour que soit présumé une détermination effective et comparative des coûts des sujétions. Or, les obligations de service public sont par nature exclues du marché, ce qui donne un montant des surcoûts non pas réels, mais attendus par les opérateurs pour poursuivre ces sujétions, hors marge nette bénéficiaire.

1014. Un autre modèle de régulation estimé plus incitatif consiste en un *price cap* (prix plafond) ou *revenue cap* (revenus plafond). L'objectif du *cap* est que le régulateur détermine un plafond à partir des données économiques essentielles tirées du secteur d'activités concerné (coûts, volumes, marges, etc.). Le régulateur a pour seule difficulté de centraliser toutes les informations pour pouvoir établir un « *étalon* »[2092] comparatif et révélateur de la réalité du marché. Passé cette étape, le plafond déterminé offre certes plus de liberté à l'opérateur dans la fixation des tarifs ou dans la perception des recettes, mais il est aussi incité à réduire ses coûts pour maximiser sa marge nette bénéficiaire et espérer capter les gains de gestion qui sont la différence entre les coûts « gérés » et le plafond des coûts fixé. L'autre avantage de ce modèle est qu'il allège le contrôle du régulateur sur l'activité, les réajustements du plafond pouvant alors faire l'objet de rendez-vous périodiques et non systématiques[2093].

1015. À partir de cette formule incitative a été construit le modèle de la durée endogène des contrats de *P.F.I.*[2094]. Selon cette théorie, il est possible de contenir les revenus tirés de l'opérateur chargé du financement et de la réalisation d'un projet d'origine public, en adaptant la durée du contrat en fonction de ses résultats, d'indicateurs de rentabilité ou du risque supporté. Pour parvenir à ce résultat, l'autorité de tutelle doit prédéterminer une durée plafond, limite contractuelle non dépassable même en cas de difficultés de l'opérateur et qui constitue le risque résiduel qu'il ne peut transférer. En pratique, la durée fixée correspond à la durée des simulations les plus pessimistes d'exploitation afin d'assurer la bancabilité du projet. C'est sur ce modèle de durée endogène que le *B.O.T.* portant sur la construction du Dartford Bridge, ouvrages d'art (pont et tunnel) de l'autoroute M25 au Royaume-Uni, a construit son équilibre économique. Le principe fixé était celui d'un contrat de 20 ans maximum ; mais si le concessionnaire parvenait à recouvrer son investissement et assurait sa rémunération avant le terme de cette date, alors les infrastructures étaient de fait transférées à l'autorité[2095].

[2092] AURIOL (E.), *préc.*, p. 623.

[2093] BEESLEY (M.E.), LITTLECHILD (S.C.), « The regulation of privatized monopolies *», Rand Journal of Economics*, vol. 20, n°3, Automne 1989, p. 454 à 472.

[2094] ENGLE (E.), FISCHER (R.), GALETOVIC (A.), « Least-Present Value of Revenue Auctions and Highzoay franchising », *préc.*

[2095] YE (S.), TIONG (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 471 à 482.

1016. Un autre exemple de contrat illustre l'hybridation d'une durée plafond et d'un revenu plafond tiré d'une infrastructure de service public. Le contrat de *B.O.T.* du *Second Seven Crossing* conclu par le Ministère des transports britanniques et le groupement *Severn River Crossing plc*, a la double particularité de prévoir une durée maximum de trente ans et/ou un plafond de revenus limite de 996 millions de Livres (£ 1989)[2096]. Dès lors, si au terme des trente années d'exploitation, le concessionnaire n'a pas réussi à recouvrer le montant déterminé, il est dans l'obligation de transférer gratuitement les ouvrages réalisés. Et, s'il atteint le revenu limite avant le terme des trente ans, il est dans l'obligation de transférer les ouvrages dans les mêmes conditions. C'est à partir de ce modèle que l'équilibre économique de nombre de conventions de concession de tronçons d'autoroutes avec ou sans ouvrages d'art, est aujoud'hui construit[2097].

1017. En outre, la durée peut, être elle-même l'élément de variation et d'ajustement de l'équilibre économique de la concession. En ce sens, pour s'adapter à la vitesse du retour sur investissement, c'est la durée du contrat qui s'allonge ou se réduit[2098]. L'avantage est qu'il n'y a pas d'effet d'aubaines temporel en ce que la durée correspond précisément au besoin de financement du concessionnaire. Or, cet ajustement indéfini a de nombreux inconvients. D'abord, il est en l'état du droit des *concessions*, peu compatible avec l'idée du transfert de risque d'exploitation. Sans limite de durée, l'opérateur peut bénéficier d'un allongement théorique infini jusqu'à retour à meilleure fortune. Puis, une telle durée nécessite un contrôle de l'exécution fastidieux en ce qu'il impose de suivre l'évolution des référentiels d'indexation de la durée (T.R.I., chiffre d'affaires, E.B.E.) avec une certaine précision. La variation doit nécessairement faire l'objet d'avenants actant l'ajustement de la durée. Si le contrôle aboutit à la réalisation spontanée du retour sur investissement, cela rend complexe l'organisation de la procédure de liquidation de la concession et le transfert du patrimoine associé. Elle oblige aussi à fortement anticiper la dépréciation des actifs, notamment leur renouvellement et leur maintien en bon état si la réception est anticipée ou si celle-ci est retardée[2099]. Au demeurant, la fixation de la durée initiale et la constitution des données prévisionnelles seraient alors par

---

[2096] National Assembly of Wales, Member's Research Service, *Severn Crossing tolls*, Juin 2010, 10 p. http://www.assembly.wales

[2097] *Supra.*

[2098] YE (S.), TIONG (R. L. K.), *Préc.*

[2099] COSSALTER (P.), « Les concessions à durée endogène », *préc.*

trop aléatoires pour être sincères et mettraient les parties face à une situation peu maitrisable, ni pour les investisseurs[2100], ni pour l'autorité concédante. La proposition d'accroître le contrôle sur la réévaluation des actifs et des amortissements du gestionnaire est trop complexe à mettre en œuvre par les collectivités, pour constituer une solution correctrice et viable en pratique[2101]. On note cependant que l'article L.122-4 du code de la voirie routière prévoit cette possibilité de durée endogène. Ainsi, l'article dispose que « *Le cahier des charges prévoit un dispositif de modération des tarifs de péages, de réduction de la durée de la concession ou d'une combinaison des deux, applicable lorsque les revenus des péages ou les résultats financiers excèdent les prévisions initiales* ». Or, on doute encore de l'efficacité de telles clauses dès lors que la définition des programmes d'investissements et de leur coût, échappe à une analyse préalable approfondie de l'État permettant de révéler leur stricte nécessité et/ou la justification d'une augmentation des tarifs payés par les usagers pour leur réalisation[2102]. Tout comme, *in fine*, l'issue des négociations entre concédant et concessionnaire peut aboutir à réduire l'intérêt et la finalité d'une durée endogène[2103].

1018. D'autres modèles pourraient s'inspirer de ces concepts. Notamment, pourrait être envisagé dans l'équilibre économique que soient établis un plafond et un seuil, pour matérialiser un revenu maximal et un revenu minimal. Par exemple, l'opérateur serait assuré d'un revenu minimal, qui pourrait être fixé de manière à réaliser le seul amortissement des biens déterminé en fonction de la durée d'amortissement[2104] (opération blanche), et un revenu maximal, fixé, lui, en fonction du revenu maximum que les parties ont décidé d'accorder par le contrat et qui correspond à un *bénéfice raisonnable*. L'avantage est une conciliation entre les intérêts des contractants, une sécurité pour le financement du projet, ainsi que l'existence d'un risque persistant, celui de ne pas être rémunéré à la fin du contrat. Mais, au demeurant, cette solution impliquerait de revoir la définition du transfert de risque dans les

---

[2100] *Ibid.*

[2101] VILA (J.-B.), Thèse, *préc.*, p. 432.

[2102] Voir les avis rendus par l'ARAFER sur les programmes d'investissements non prévus par les diverses concessions d'autoroute, rendus le 14 juin 2017.

[2103] « (…) *l'Autorité recommande la suppression des stipulations de l'article 7.7 du cahier des charges de la concession, qui viennent limiter, pour certaines opérations, la portée du mécanisme de récupération des indus financiers en cas de décalage dans le temps de la réalisation des opérations, dès lors que ce décalage est imputable à l'État, stipulations qui risquent de conférer au concessionnaire un avantage financier injustifié*. », ARAFER, Avis n°2017-053, p. 25, §151.

[2104] *Ibid.*

concessions[2105]. Pourtant, cette proposition n'est pas tellement éloignée de la pratique puisqu'il faut rappeler que quel que soit le motif de la fin anticipée d'un contrat de concession de service public, la récupération des sommes investis est toujours peu ou prou assurée par l'indemnisation de la V.N.C.

1019. Si les clauses de plafonnement de la durée et des revenus s'appliquent aujourd'hui qu'aux seules concessions autoroutières[2106], il convient d'en tirer des conclusions. Ces méthodes révèlent toutes la volonté de concilier les besoins de financement et de rémunération du concessionnaire tout en préservant l'intérêt général. Les plafonds mettent en avant le risque véritable de dérives financières des concessions et des profits illégitimes générés par des « équilibres » économiques souvent standardisés. Leur existence est autant une solution pratique pour les secteurs d'activité qui s'y prêtent, qu'une alerte théorique sur les risques liés à l'effet d'aubaine de l'équilibre économique immaitrisé.

[2105] « *Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice* », Directive 2014/23/UE, § 18.

[2106] *Ibid.*

Conclusion du Chapitre II

1020. La conventionnalisation du profit dans la concession poursuit deux objectifs. Elle retranscrit officiellement l'attente positive de l'équilibre économique, une rémunération globale suffisante et satisfaisante pour accomplir la mission de service public, et elle assure le maintien de la caractéristique principale de l'équation financière, le rapport d'équilibre. La technique du bénéfice raisonnable est un moyen évident pour parvenir à ce profit rationalisé dès lors qu'il est déterminé en prenant en compte tous les éléments constitutifs de l'équilibre économique d'une concession. Il convient pour ce faire de transposer la notion de *bénéfice raisonnable* à une dimension plus grande encore que celle des compensations d'obligation de service public pour lequel il est utilisé. Les objectifs de rentabilité et de déficit limités, sont perpétuellement poursuivis par l'équilibre économique dans les concessions de service public. C'est ainsi que le bénéfice raisonnable doit retranscrire ces objectifs par le lien véritable entretenu entre les différents facteurs d'équilibre. Le bénéfice raisonnable parcourt déjà la rémunération du concessionnaire, la durée d'exploitation, les tarifs du service public, l'amortissement de son investissement[2107], ou encore les indemnités qu'il peut espérer lors d'une rupture conventionnelle. Son efficacité reste conditionnée à des outils coercitifs, dissuasifs et incitatifs, pour que l'équilibre économique soit une donnée favorable à la régulation des résultats de l'activité. Par cette voie, le profit tiré de l'exploitation par le concessionnaire ne devrait plus être considérée comme une « dérive » de l'équilibre économique, mais comme une de ses garanties.

[2107] VILA (J.-B.), Thèse, *préc.*, p. 417 et s.

Conclusion du Titre II

1021. La rationalisation de l'équilibre économique est une évidence difficile à matérialiser tant elle est soumise aux contraintes de son support, le contrat. En effet, le profit ne peut être accepté et acceptable dans la concession que s'il répond aux conditions de l'équilibre relationnel qui est déterminé dans les cahiers des charges. Or, la définition des conditions de l'équilibre économique est très largement astreinte aux rapports de force, à l'asymétrie informationnelle du gestionnaire, mais aussi et surtout, au niveau de contrôle des autorités publiques cosignataires. C'est principalement ce dernier véritable aléa du contrat qui est le vecteur du risque de déséquilibre, alors même que des outils de régulation peuvent être, quoiqu'imparfaits, simplement introduits au contrat. Il faut alors se risquer à exprimer une vérité : le contrat de concession est un contrat complexe, difficile à cerner en globalité, et qui n'est pas nécessairement adapté ni à tous les services, ni à toutes les personnes publiques. Nombre de collectivités territoriales, seules ou regroupées, ne peuvent faire face techniquement et/ou financièrement aux exigences d'un tel contrat et de son économie. Certaines collectivités s'organisent et constituent des services internes dédiés[2108] pour réaliser des missions d'audit et de contrôle de gestion de leurs délégations de service public. D'autres pallient l'incapacité à pourvoir ces missions en interne en ayant recours à l'assistance de cabinets externes spécialisés. Quel que soit les moyens mis en œuvre, la prise de conscience du besoin de contrôle des concessions de service public et d'autres délégations de service public renoue avec la responsabilité des personnes publiques pour la reconsidération des exigences qu'imposent la définition de l'équilibre économique et son maintien dans le temps.

[2108] Notamment, la « mission mode de gestion et DSP » de la Métropole de Lyon qui est un service dédié aux DSP, de même pour la Métropole Nice Côte d'Azur (service des délégations de service publics et des Partenariats Publics privés), ou d'autres services rattachés aux directions des affaires juridiques et de la commande publique comme pour la Communauté urbaine du Grand Paris Sein et Oise, Bordeaux la Métropole, la Communauté d'agglomération de Bourges Plus, ou encore la Direction générale de la ville de Chamonix.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

1022. La correction de l'équilibre économique par l'équilibre économique s'avère être une opération complexe quoique courante. Selon les éléments qui se trouvent modifiés, et selon le volume de leur modification, le contrat lui-même peut disparaître ; soit parce que la modification est substantielle, soit parce que le déséquilibre est devenu irréversible, incorrigible. Aussi, la correction du déséquilibre s'est appréhendée avec priorité dans le cadre de la détresse du concessionnaire ou dans l'indemnisation des sujétions particulières qu'il supporte. La correction du déséquilibre économique né des excès de la rentabilité de l'opération a été longtemps éludée ou mise de côté. Le regain d'intérêt et son actualité est l'œuvre du recours accru aux capacités de financement du marché économique, et selon les attentes du marché. Les obligations de service public et leur compensation en sont un exemple. Elles concilient sujétions et bénéfice raisonnable.

1023. Aussi, les alertes successives émises principalement par les juridictions financières ont réveillé le souci de rationaliser la profitabilité de toute forme de partenariat public privé. Mais la difficulté est double. Les personnes publiques se retrouvent dans l'obligation de recourir à des formes toujours plus poussées et pointues de convention pour financer des équipements qu'elles ne peuvent plus assumer. Elles doivent se résoudre à approfondir le contrôle - caractéristique essentielle du service public[2109] - de ces mêmes conventions pour parvenir à limiter l'emploi excessif voire irrégulier de ressources publiques à des fins privées. L'équilibre économique peut jouer le rôle de ce régulateur si les autorités publiques en usent habilement. Charge à elles de se donner les moyens de maîtriser les éléments de sa définition. Là est un passage inévitable avant d'espérer toute régulation conventionnelle.

[2109] C.E., 9 déc. 2016, req. n°396352, *Commune de Fontvielle*, *J.C.P.A.*, n°8, 27 Février 2017, p. 2062, concl. PELISSIER (G.), note SESTIER (J.-F.).

CONCLUSION GÉNÉRALE

1024. Au terme de cette étude, il est possible de tirer une définition synthétique et actuelle de l'équilibre économique des concessions de service public et de travaux publics. L'équilibre économique de la concession se définit comme la mécanique harmonieuse de facteurs économiques hétérogènes, interdépendants les uns et des autres sous l'emprise du risque d'exploitation et qui, en état stable, permet naturellement la satisfaction rationnelle et optimale d'intérêts contractuels divergents. Cette définition globalisante de l'équilibre économique emporte plusieurs conséquences et confirme une remise en question des modèles contractuels. Elle confirme que, désormais, le transfert d'un risque non négligeable ou purement nominal, est le centre de définition de l'équilibre économique des contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs. Surtout, faut-il admettre que le *risque* dans la concession n'est pas indépendant. Certes, il est désormais consacré par le droit comme un pivot de l'équilibre économique, toutefois, il ne saurait suffire à lui seul pour déterminer l'existence d'une concession de service public. Les propos de Thomas PEZ illustrent cette analyse, l'auteur voit à travers la notion de risque, une notion plus unificatrice que différenciante entre les divers contrats administratifs[2110]. Il faut alors comprendre que le critère de définition entre les contrats n'est pas tant le risque d'exploitation et son transfert que son imbrication dans l'équilibre économique. Le risque est la note principale, la rythmique d'une partition mais qui, si elle était jouée seule, pourrait être une musique parmi d'autres. *A contrario*, l'équilibre économique a le rôle principal de cette partition. Il permet de coordonner chaque note, faible ou forte, et permet d'en apprécier l'originalité et la singularité. Elle oblige aussi à individualiser chacune de ces notes pour vérifier la justesse de leur combinaison. Ce n'est donc pas le transfert du risque d'exploitation qui définit la concession, mais l'équilibre économique risqué.

1025. L'équilibre économique dépasse alors la notion de service public. Il s'intéresse à la nature de l'activité, une activité économique. Si ce n'est une vérité, il s'agit d'une réalité où la concession est un *marché* à part entière, avec une économie importante à ouvrir à la concurrence. Elle est indéniablement un *fonds de commerce*, une *manne financière* pour

[2110] « *Il y a du risque dans tous les contrats ; il y en a dans tous les contrats administratifs* », *Le risque dans les contrats administratifs*, *préc.*, p. 865, § 1367.

laquelle les opérateurs économiques sont foisonnants[2111]. L'exploitation du service public génère d'abord un *chiffre d'affaires* et est sur ce point similaire aux *entreprises*. L'exploitation du service public doit aussi être *valorisée économiquement*, ce qui la rapproche d'une créance. Enfin, l'exploitation du service public est l'interface de *droits de propriété*, ce qui fait de l'exploitant un *propriétaire* ou l'*usufruitier* d'actifs. Le concessionnaire gère cet actif avec dynamisme. Il fait du *patrimoine concédé* un lieu de richesses diversifiées autorisées par le biais *des activités accessoires ou complémentaires*. Il peut consentir des *baux*, recourir à des *produits financiers*, et même procéder en tout ou partie à la *cession de créance*. Quant à l'usager du service public, destinataire, il est un *consommateur*[2112] dont les traits ne sont plus tellement différenciables de ceux d'un *client du service public*.

1026. L'étude de l'équilibre économique dans les concessions de service public, devait alors montrer comment cet équilibre pouvait être atteint et comment il devait l'être. La résurgence de l'intérêt général propre à la notion de service public et à celle de contrat administratif, ne devait pas être un obstacle à la prise en compte de la nature et de la fonction économique de l'équilibre du contrat. Il serait même inconcevable de traiter de manière différente les projets de service public des projets d'investissement. En tant qu'activité économique et en tant qu'investissement, le raisonnement du concessionnaire est tout à fait identique à la prise de décision dans la sphère privée. Il va dresser prospectivement la potentialité économique de son investissement et sa rentabilité à court, moyen et long terme. Il va analyser le risque de celui-ci, le comparer, et déterminer la prime de risque à laquelle il prétend et qui devra être supérieure à la moyenne du rendement financier des capitaux investis sur le marché. Il va aussi s'assurer de la viabilité de son investissement sur la durée de l'opération et garantir à ses partenaires financiers la récupération de leur investissement et la rémunération du capital. Ainsi, la concession, partenariat public privé, est une convention dont l'équilibre économique doit être assumé comme un mode de financement du service public. Faut-il toutefois reconnaître que la *mutation de la pensée* du contrat administratif n'est pas aussi rapide que *la mutation même des contrats* des personnes publiques. L'intégration dans l'équilibre économique des concessions des aspérités financières, des notions de rentabilité et de profitabilité mérite d'être systématisée. On voit dans l'équilibre économique un instrument de

[2111] À cet égard, les sociétés publiques sont des exemples explicites. La SEMOP en est d'ailleurs la plus belle expression.

[2112] AMAR (J.), *De l'usager au consommateur de service public*, PUAM, 2001, 600 p.

légitimité économique de la concession avec deux finalités : assurer le service public et ses sujétions par la viabilité économique.

1027. On voit aussi dans l'équilibre économique un instrument de la régulation des déséquilibres qui naissent de l'exploitation. En effet, l'analyse de l'équilibre met à mal la théorie traditionnelle des contrats administratifs selon laquelle le déséquilibre dans les concessions est nécessairement défavorable au concessionnaire. Et, pour rééquilibrer la relation contractuelle, ce dernier aurait un *droit acquis au maintien de l'équilibre économique*. L'étude de l'équilibre économique démontre d'abord que ce droit est *introuvable*[2113]. Certes, les contraintes d'exploitation (continuité du service public, mutabilité et spontanéité des demandes de l'administration) et les sujétions de service public, sont des *charges* qui dans la plupart des situations doivent être indemnisées et compensées par le concédant. Toutefois, cela ne signifie en rien que l'indemnisation ou la compensation sont un droit automatique. Au contraire, l'affermissement des règles de la concurrence et l'élasticité du droit des aides d'État suggèrent, à notre sens, une évaluation préalable de l'économie des contrats pour vérifier la régularité de la correction induite. On ne voit rien de légitime à indemniser le concessionnaire pour la mutabilité du contrat lorsque, au demeurant, l'équilibre économique *primordial* peut absorber leur coût sans réduire déraisonnablement la rémunération du concessionnaire.

1028. L'étude de l'équilibre économique démontre ensuite que l'état de *déséquilibre* n'est pas systématiquement défavorable au concessionnaire. Au contraire, il faut remarquer un infléchissement en pratique et en droit, d'une relation *déséquilibrée en pouvoir par la présence de la personne publique*. Les opérateurs candidats aux concessions sont spécialisés, organisés, leur puissance économique est recherchée par les personnes publiques en quête d'externalisation. S'il faut concéder que l'inspiration civiliste et l'harmonisation des contrats à l'échelon européen ne sont pas sans effets sur l'inversion du rapport de force, il faut se résoudre à constater que l'équilibre économique est négocié et décidé par l'entité en capacité économique de le faire.

1029. Aussi, l'étude de l'équilibre économique démontre que le *déséquilibre économique* n'est *ni involontaire, ni extérieur au concessionnaire*. L'équilibre économique est compromis par la puissance économique du gestionnaire et par les *asymétries ou dyssymétries*

[2113] SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs », *préc.*

d'informations qui en découlent. Aussi, il est favorisé et amplifié par *l'abandon du concédant de sa prérogative de contrôle*. Un remède doit être proposé. Il doit être un outil de contrôle simple et adapté, pratique et comparatif, pour que le concédant puisse agir en régulateur. Cet outil pourrait résider dans la définition d'un *bénéfice raisonnable* conventionnalisé et prévu *ab initio*. D'abord, il présente l'avantage de l'intelligibilité par sa *concordance sémantique* avec le droit de la concurrence. Puis, il présente l'avantage *d'une sensibilité à toutes les composantes de l'équilibre économique* et non au seul mode de rémunération du concessionnaire. D'ailleurs, les dispositions relatives aux *concessions* semblent encourager les pouvoirs adjudicateurs dans cette voie. Ainsi la durée d'exploitation doit être raisonnable, la marge nette bénéficiaire du concessionnaire doit être raisonnable, les avantages concurrentiels et compensations d'obligations de service public doivent être raisonnables, et même l'indemnisation du concessionnaire suite à une résiliation anticipée doit être raisonnable. Enfin, sa transposition dans l'équilibre économique offre une sécurité juridique et financière, assure la satisfaction des intérêts au contrat, et *assure une correspondance avec le marché économique*. De cette manière, le bénéfice raisonnable est le résultat d'un équilibre économique *accepté par le marché* et *acceptable pour le marché*.

1030. En bousculant bon nombre de principes et de concepts arrêtés, les personnes publiques doivent être encouragées à rénover leur pratique contractuelle et à *provoquer l'équilibre économique*. Plus flexible que la *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation*, le critère du risque est une invitation à l'innovation car sa connexion avec les autres facteurs d'équilibres n'oppose aucune limite. Ainsi, les personnes publiques peuvent redéfinir l'équilibre économique de la concession en assurant la rétribution du concessionnaire par un paiement direct dès lors que ce paiement indexé à des indicateurs et objectifs incertains. Tel est le cas de la rémunération à la performance. Elles peuvent aussi redéfinir l'équilibre économique par la modulation de la durée d'exploitation. Tel est le cas de la durée variable. Surtout, elles peuvent redéfinir l'équilibre économique en conditionnant son existence dans la limite d'un niveau de rentabilité conventionnel et opérer un contrôle de l'exploitation fondé sur le prévisionnel d'exploitation dont les *vertus contractuelles ne doivent plus être écartées*[2114].

[2114] VILA (J.-B.), « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté « précontractuelle » en délégations de services publics », *préc.*

1031. En fait, par ces conclusions synthétiques, on s'aperçoit que l'étude relative à la définition de l'équilibre économique des concessions de service public ne se satisfait pas d'une approche égocentrée sur le seul modèle contractuel. Elle s'insère dans une étude plus large, systémique et environnementale. Elle bouleverse nos certitudes juridiques acquises et fragilise les fondations les plus profondes de notre droit par d'incessants *mouvements vibratoires*. Un de ces mouvements serait la rénovation de la nature du service public à concéder. Il est une activité économique qui doit être rentable pour exister. Un deuxième serait la disparition progressive de la notion de service public, à laquelle est substituée celle de service d'intérêt général défini non tant par l'activité que par son économie et le marché. Un troisième mouvement résiderait ainsi dans la priorité donnée à la valorisation des obligations de service public favorisant leur banalisation dans le marché économique, plutôt que la reconnaissance de leur singularité[2115].

1032. On pourrait se « rassurer » et voir dans la mutation de l'équilibre économique des concessions de service public et de travaux publics un mouvement de plus, anodin voire indolore. Peut-être d'ailleurs que parler de *concession de service ou de travaux* n'est pas si différent[2116]. Peut-être que faire référence au *risque de nature économique* n'implique pas une remise en question des activités concédées émanant des personnes publiques. Peut-être que rien n'est structurellement remis en question et qu'il ne s'agit là que d'une « mise à jour ». Pourtant, on y croirait peu. On ne peut se tromper sur ce mouvement, fine vibration d'un séisme latent qui mène notre système juridique vers des territoires inconnus. Serait-il alors le mouvement de trop ? La pratique de l'équilibre économique nous le révéléra très certainement car si « *à un moment donné, un grand nombre de ces oscillations ont lieu dans le même sens, leurs effets se superposant, s'ajoutant les uns aux autres, donnent, comme résultante, une oscillation qui peut être d'une grande ampleur. C'est à cette oscillation que, lorsqu'il s'agit d'agrégat économique, l'on donne le nom de crise* »[2117].

[2115] ZIANI (S.), *Du service public à l'obligation de service public*, *préc.*

[2116] DELVOLVÉ (P.), « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession », *in Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Dalloz, 2016, p. 157.

[2117] PARETO (V.) *in* PIROU (G.), *Les theories de l'équilibre économique chez Walras et Pareto*, *préc.*, p. 350.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

ABATE (B.), *La nouvelle gestion publique*, Paris : L.G.D.J., coll. « Systèmes/Finances publiques », 2000, VII, 152 p.

ALBERT (J.-L.), *Fiscalité et personnes publiques,* Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Systèmes/Fiscalité », 2012, 184 p.

ALBERT (J.-L.), *Finances publiques*, Paris : Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 9ème éd., 2015, 902 p.

AMAR (J.), *De l'usager au consommateur de service public*, Aix-Marseille : PUAM, 2001, 600 p.

ANSALONI (G.), **HAUBERT-MCGETRICK** (V.), *Financement de projet : enjeux juridiques et bancabilité d'une opération*, Paris : RB Edition, coll. « Droit », 2011, 192 p.

AUBY (J.-B.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, 991 p.

AUBY (J.-B.), **BON** (P.), **AUBY** (J.-B.) et **TERNEYRE** (P.), *Droit administratif des biens*, Paris : Dalloz, coll. « Précis de Droit public », 6ème éd., 2011, 742 p.

AUBY (J.-B.), **KIRAT** (T.), **MARTY** (F.), **MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE**, *Economie et droit du contrat administratif : l'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, Paris : La documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2005, 313 p.

AUBY (J.-F.)

- *La gestion des satellites locaux (régies, SEM, associations, délégataires de service public)*, Paris : Berger-Levrault, coll. « Administration locale », 2000, 305 p.
- *La délégation de service public : guide pratique*, Paris : Dalloz, coll. « Dalloz service », 1997, 234 p.
- *La délégation de service public*, Paris : P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1995, 125 p.

AUBY (J.-F.), **RAYMUNDIE** (O.), *Le service public*, Paris : Le Moniteur, coll. « Analyse juridique », 2003, 632 p.

AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des Ponts et chaussées*, Paris : Éd. Dunod, 3ème éd., 1886, 866 p.

BAILLEUL (D.), *Le service public local du tourisme*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Systèmes/Collectivités locales », 2010, 231 p.

BAZEX (M.), **BRÉCHON-MOULÈNES** (C.), **LLORENS** (F.), *La concession de service public face au droit communautaire,* Paris : Sirey, coll. « Droit public Sirey », 1993, 144 p.

BERBARI (M.), *Marchés publics*, Paris : Le Moniteur, coll. « Guide juridique, Marchés publics », 2001, 195 p.

BERBARI (M.), **BRIAND** (S.), **CALLON** (J.-E.) (et al.), *Délégations de service public : notion, passation, exécution, contentieux administratif, contentieux pénal, contrôle chambres régionales des comptes,* Paris : Litec, coll. « Administration territoriale guide pratique », 2000, 226 p.

BETTINGER (C.), *La concession de service public et de travaux publics*, Paris : Berger-Levrault, coll. « L'administration Nouvelle », 1978, 255 p.

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., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 206, 1999, 639 p.

BEZANÇON (X.), **CUCCHIARINI** (C.) et **COSSALTER** (P.), *Le guide de la commande publique*, Paris : Le Moniteur, coll. « Guides juridiques, marchés publics », 3ème éd., 2012, 396 p.

BIENVENU (J.-J.), **LAMBERT** (T.), *Droit fiscal*, Paris : P.U.F., coll. « Droit fondamental. Classiques », 4ème éd., 2010, 470 p.

BLONDEAU (A.), *La concession de service public*, Paris : Dalloz, 2ème éd., 1933, 183 p.

BOITEAU (C.), *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, Paris : Ed. Le Moniteur, coll. « Action locale », 2ème éd., 2007, 264 p.

BOUVIER (M.), *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Systèmes/Fiscalité », 11ème éd., 2012, 316 p.

BOYER (B.), **LAURENT** (P.), *La stratégie financière des collectivités locales*, Paris : L.G.D.J., coll. « Systèmes », 2ème éd., 1997, 202 p.

BRACONNIER (S.)

- (dir.) *Les collectivités territoriales & leurs contrats : marchés publics, délégations de service public, conventions d'occupation domaniale*, Paris : Éd. du Juris-classeur, LexisNexis, coll. « Juris compact », 2002, XVIII-1079 p.
- *Droit des services publics*, Paris : P.U.F., coll. « Thémis Droit », 2ème éd., 2007, 640 p.

BRÉVILLE (A.) (Dir.), **BOULARD** (L.) (Dir.), **INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**, **DEXIA**, *Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique*, Paris : La Documentation française, 2006, 283 p.

CHEROT (J.-Y.), *Droit public économique*, Paris : Economica, coll. « Corpus Droit Public », 2ème éd., 2007, 1040 p.

CHEVALLIER (J.), *Le service public*, Paris : P.U.F., coll. « Que sais-je », 9ème éd., 2012, 127 p.

CLERC (D.), **PIRIOU** (J.-P.), *Lexique de sciences économiques et sociales*, Paris : La Découverte, coll. « Grands Repères », 9ème éd., 2012, 128 p.

COHEN (E.), *Gestion financière de l'entreprise et développement financier*, EDICEF, 1991, 302 p.

COLLET (M.), *Droit fiscal*, Paris : P.U.F., coll. « Thémis », 4ème éd., 2013, 464 p.

COLLECTIF DES PROFESSEURS DE L'ÉCOLE UNIVERSELLE PAR CORRESPONDANCE DE PARIS, *Droit administratif. La concession de travaux publics*, Paris : Éd. Carus, 1933, 89 p.

COSSALTER (P.), *La concession de service public*, Voiron : Territorial éd., coll. « L'essentiel sur », 2011, 94 p.

COTTERET (J.-M.) et **TROTABAS** (L.), *Droit fiscal*, Paris : Dalloz - Sirey, coll. « Précis. Droit public », 8ème éd., 1996, 434 p.

COUDEVYLLE (A.), *Les concessions de service public des collectivités locales*, Paris : Sirey, coll. « Bibliothèque des collectivités locales », 1983, XVIII-199 p.

CURRAP DE PICARDIE, *Le financement du développement local*, Paris : P.U.F., 1995, 208 p.

DELAIRE (Y.), *La délégation des services publics locaux*, Paris : Berger-Levrault, coll. « Les indispensables », 3ème éd., 2008, 431 p.

DE GAUDEMAR (H.), **MONGOIN** (D.), *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol.1 : 1831-1940*, Paris : L.G.D.J., coll. « Les grandes décisions », 2015, 951 p.

DE LAUBADÈRE (A.), **MODERNE** (F.), **DELVOLVÉ** (P.)

- *Traité des contrats administratifs*, t. 1, Paris : L.G.D.J., coll. « Traité de droit administratif », 2ème éd., 1984, 808 p.
- *Traité des contrats administratifs*, t. 2, Paris : L.G.D.J., coll. « Traité de droit administratif », 2ème éd, 1984, 1124 p.

DE LAUBADÈRE (A.), **VÉNÉZIA** (J.-C.), **GAUDEMET** (Y.), *Traité de droit administratif*, Tome 1, *L'organisation administrative, la juridiction administrative, les actes et l'objet de l'action administrative, la responsabilité de l'administration*, Paris : L.G.D.J., coll. « Traité de droit administratif », 14ème éd., 1996, 1027 p.

DELVOLVÉ (P.), *Le droit administratif*, Paris : Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 5ème éd., 2010, 152 p.

DUFAU (J.), *Les concessions de service public*, Paris : Le Moniteur, coll. « Actualitâe juridique », 1979, 240 p.

DUFAU (V.), *Les sujétions exorbitantes de droit commun en droit administratif – L'administration sous la contrainte*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2000, 416 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Paris : Ancienne Librairie et Fontemoing et Cie, 1928, t. 2, 922 p.

EISENMANN (C.)

- *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris : L.G.D.J., coll. « Anthologie du droit », 2013, 786 p.
- *Cours de droit administratif*, t. 2, Paris : L.G.D.J., coll. « Anthologie du droit », 2013, 908 p.

FRIER (P.-L.), **PETIT** (J.), *Droit administratif*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Domat Droit public », 8ème éd., 2013, 634 p.

FORGET (J.), *Dynamique de l'amortissement, Renforcer l'autonomie financière des entreprises pour dynamiser ses investissements*, Éd. d'Organisation, coll. « Mémentos Finances », 2005, 116 p.

FOUILLÉE (A.), *La science sociale contemporaine*, Hachette, 1885, 2ème édition, 1 vol., 421 p.

FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, Paris : LexisNexis, coll. « Manuel », 2011, 688 p.

GALESNE (A.), *Le financement de l'entreprise, Gestion fiscale des amortissements et des provisions*, Éd. on line du CEREFIA, 1996-2004.

GAUDEMET (Y.), *Traité de Droit administratif,* t. 2, *Droit administratif des biens : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Traités », 14ème éd., 2011, 686 p.

GONOD (P.), **MELLERAY** (F.), **YOLKA** (P.), *Traité de droit administratif*, Paris : Dalloz, coll. « Traités Dalloz », t. 2 ; 1ère éd., Décembre 2011, 712 p.

GUGLIELMI (G.-J.), **KOUBI** (G.), **LONG** (M.), *Droit du service public*, Paris : Montchrestien, Lextenso éd., coll. « Domat Droit public », 3ème éd., 2016, 890 p.

HAURIOU (M.)

- *Aux sources du droit ; le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Cahiers de la Nouvelle Journée n°23, Paris : Librairie Bloud & Gay, 1933, 191 p.
- *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 12ème éd., 2002, 1150 p.

- *Principes de droit public*, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », Octobre 2010, 734 p.

HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, Paris : Dalloz, coll. « Cours », Novembre 2016, 614 p.

JÈZE (G.), *Principes généraux du droit administratif*, t. 3, *Le fonctionnement des services publics*, Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 3ème éd., 2011, 519 p.

KIRAT (T.), **MARTY** (F.), *Économie du Droit et de la Réglementation*, Paris : Gualino éditeur, coll. « Mémentos LMD », 2007, 184 p.

KIRAT (T.), **SEVERIN** (E.), *Le droit dans l'action économique*, Paris : CNRS Éditions, 2000, 238 p.

KLOPFER (M.), **ESCALLIER** (C.), *Gestion financière des collectivités territoriales*, Paris : le Moniteur, coll. « Méthodes », 6ème éd., 2014, 505 p.

KNIGHT (F.), *Risk, Uncertainty and Profit*, New York : Reprints of economic classics, 1964, 381 p.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris : PUF, 18ème éd., 2010, 1376 p.

LAMARQUE (J.), **NÉGRIN** (O.), **AYRAULT** (L.), *Droit fiscal général*, Paris : LexisNexis, coll. « Manuel », 2ème éd., 2011, XI-1463 p.

LAUFENBURGER (H.), *L'intervention de l'État en matière économique*, Paris : L.G.D.J., vol. 4, coll. « L'économie politique contemporaine de Bertrand NOGARO », 1939, 371 p.

LE GAC-PECH (S.), « La proportionnalité en droit privé des contrats », *R.I.D.C.*, Vol. 54, n°3, Juillet-Septembre 2002, p. 881-884.

LEVOYER (L.)

- *Le guide de l'imposition des collectivités territoriales*, Paris : Berger-Levrault, coll. « Les indispensables », 2006, 552 p.
- *TVA et collectivités territoriales,* Paris : Le Moniteur, coll. « Les Guides juridiques », 2007, 341 p.

LICHÈRE (F.), **MARTOR** (B.), **PEDINI** (G.), **THOUVENOT** (S.), *Pratique des partenariats public-privé : choisir, évaluer, monter et suivre son PPP*, Paris : LexisNexis, coll. « Litec professionnels, 2ème éd., 2009, XV-268 p.

LIGNIÈRES (P.), *Partenariats public-privé : contrats de partenariat, montages contractuels complexes, financement de projet, réforme de l'État, droit public des affaires*, Paris : LexisNexis, coll. « Litec affaires, finances », 2ème éd., 2005, 440 p.

LLORENS (F.), *Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public*, in *Liber amicorum Jean Waline*, Paris : Dalloz, 2002, p. 301 et s.

LONG (M.) (Dir.), *Le financement des services publics locaux*, Paris : L.G.D.J., coll. « Décentralisation et développement local », 2010, 163 p.

LONG (M.), **INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**, *Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Paris : La documentation française, 1999, 189 p.

MANDOU (C.), *Procédures de choix d'investissement – Principes et applications*, Bruxelles : De Boeck, coll. « LMD », Janvier 2009, 168 p.

MARX (K.), *Salaires, prix et profits*, Paris : Le temps des cerises, 2006, 97 p.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Droit des services publics*, Paris : P.U.F., coll. « Droit fondamental », 2ème éd., 1997, 413 p.

MONDOU (C.), *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, Montreuil : Éd. du Papyrus, coll. « Fonctions territoriales », 2006, 184 p.

MOULIÉ (P.), *L'imposition des personnes publiques, État, collectivités locales, établissements publics, entreprises publiques, sociétés d'économie mixte*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de science financière », 1972, IV-644 p.

MULLER (E.), *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2011, 693 p.

NICINSKI (S.), *Droit public des affaires*, Paris : Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 4ème éd., 2014, 800 p.

PIGNON-XARDEL (S.), **MANOUKIAN** (S.), **VITSE** (L.), *Le financement des partenariats public-privé*, Paris : Le Moniteur, coll. « Guides juridiques », 2010, 346 p.

PIRON (V.) (Rapp.), **SAINT-ETIENNE** (C.) (Rapp.), **INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**, *Les partenariats public-privé, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi : méthodes et exemples pratiques pour fonder l'efficacité économique du choix public*, Paris : La Documentation française, 2006, 223 p.

PIROU (G.), *Les théories de l'équilibre économique chez Walras et Pareto*, Paris : Domat-Montchrestien, 3ème éd., 1946, 468 p.

PLUCHART (J.-J.), *Management des grands projets*, Paris : MA éditions, coll. « Master », 2016, 259 p.

PORTAL (E.), *La programmation des équipements publics locaux,* Paris : L.G.D.J., coll. « Politiques locales », 2003, IX-116 p.

QUIRY (P.), **LE FUR** (Y), *Pierre Vernimen - Finance d'entreprise*, Paris : Dalloz, coll. « Dalloz Gestion », 15ème éd., 2017, 1224 p.

RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris : Economica, coll. « Politique comparée », 1986, 246 p.

RAYMUNDIE (O.), *Gestion déléguée des services publics : en France et en Europe*, Paris : le Moniteur, coll. « L'actualité juridique », 1995, 415 p.

RICHER (L.)

- (dir.) *Droit des concessions*, Paris : le Moniteur, coll. « Moniteur référence », 2014, 800 p.
- *La concession en débat*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Systèmes Perspectives », 2014, 219 p.

RICHER (L.), **LICHÈRE** (F.),

- *Droit des contrats administratifs*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éd., coll. « Manuel », 10ème éd., 2016, 778 p.

SAUSSIER (S.), **YVRANDE-BILLON** (A.), *Économie des coûts de transaction*, Paris : Éd. La Découverte, coll. « Repères », 2007, 128 p.

SAY (J.-B.), *Traité d'économie politique ou Simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses* (1803), Institut Coppet, Paris, 6ème éd., 2011, 393 p.

SCHUMPETER (J. A.), *Théorie de l'évolution économique. Recherche sur le profit, le crédit, l'intérêt et le cycle de la conjoncture* (1911), Paris : Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 1999, 370 p.

SCHWEITZER (S.), **FLOURY** (L.), *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Aix-Marseille : P.U.A.M., coll. « Droits, pouvoirs et sociétés », 2015, 247 p.

SÉGUR (P.) (dir.), *Gouvernants : Quelle responsabilité ?*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2000, 314 p.

SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, Paris : Dalloz, coll. « Précis de droit privé », 7ème éd., 2008, 714 p.

SILEM (A.), **GENTIER** (A.), *Lexique d'économie*, Paris : Dalloz, coll. « Lexiques », 14ème éd., 2016, 884 p.

SYMCHOWICZ (N.), **PROOT** (P.), *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes : Analyse et aide à la décision*, Paris : Le Moniteur, coll. « Essentiels Experts », 3ème éd., 2012, 642 p.

SOKOLOFF (P.), *Marchés publics, délégations de service public et autres contrats de partenariat public-privé des collectivités locales*, Paris, Londres, New-York : Lavoisier-Tec & doc, 2ème éd., 2004, 551 p.

STRAUB (B.), *Guide budgétaire et comptable de la délégation de service public*, Paris : Berger-Levrault, coll. « Le point sur », 2004, 170 p.

TAVERDET-POPIOLEK (N.), *Guide du choix de l'investissement – Préparer le choix, sélectionner l'investissement, financer le projet*, Paris : Éd. d'Organisations, Groupe Eyrolles, 2006, 412 p.

TROGER (F.), *Services publics : faire ou déléguer ?*, Paris : Vuibert, coll. « Vuibert gestion », 1995, VII-181 p.

TROPER (M.), *La philosophie du droit*, Paris : P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3ème éd., 2011, 128 p.

VALETTE (B.), *Contrats de commande publique et activité accessoire*, Éd. Bruylant, coll. « Droit et Économie », 2016, 568 p.

VIGNOT (J.-C.), *Pratique de la délégation de service public : choix et méthode*, Voiron : Territorial éd., coll. « Dossier experts », 2012, 73 p.

VERPEAUX (M.), **JANICOT** (L.), *Droit public, pouvoirs publics et action administrative*, Paris : P.U.F., coll. « Major », 2009, 490 p.

WALRAS (L.), *Éléments d'économie politique pure, ou Théorie de la richesse sociale*, Paris : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1926, 1 vol. (XX-491 p.), disponible sur Gallica.fr.

WARIN (P.) (Dir.), *Quelle modernisation des services publics – Les usagers au cœur des réformes*, Paris : Ed. La Découverte & Syros, coll. « Recherches », 1997, 355 p.

YOLKA (P.)

- *La propriété publique. Eléments pour une théorie,* Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 191, 1997, 649 p.
- *Droit des contrats administratifs*, Paris : L.G.D.J., coll. « Systèmes Droit », 2013, 162 p.

Contributions à un ouvrage

CANEDO (M.), « L'exorbitance du droit des contrats administratifs, in MELLERAY (F.) (dir.), L'exorbitance du droit administratif en question(s) », Université de Poitiers, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2004, p. 127 et s.

CHEVALLIER (J.), « Les fondements idéologiques du droit administratif français », *in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, C.U.R.A.P.P., vol. 2, Paris : P.U.F., 1979, p. 3 à 58.

DE CORAIL (J.-L.), « Intérêt financier et service public dans la jurisprudence administrative », *in Etudes de finances publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Paul-Marie Gaudemet*, Paris : Economica, 1984, p.335.

DELVOLVÉ (P.), « Service public, travaux publics, domaine public : les transformations de la concession », *in Mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris : Dalloz, coll. « Études, Mélanges, Travaux », Avril 2016, p. 157.

DOUENCE (J.-C.), « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris : Dalloz, 2004, p.501-520.

LAFFERIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris : Berger-Levrault, 1888, 675 p.

LAMARQUE (J.), « Le déclin du critère de la clause exorbitante », *in Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : L.G.D.J., 1974, p. 497 et s.

LLORENS (F.), « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Liber amicorum J. Waline*, Paris : Dalloz, 2002, p. 314

PETIT (J.), « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris : Economica, 2002, p. 345.

SÉGUR (P.), « Le contrat, le temps et l'institution : essai sur la mutabilité des contrats de concession de service public », Ann. Fac. Droit, Université des sciences sociales de Toulouse, tome XLII, 1994, p. 69 à 123.

SYMCHOWICZ (N.), « L'introuvable droit au maintien de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » *in Mélanges offerts à Laurent Richer*, Paris : L.G.D.J, 2013, p. 463 à 476.

TERNEYRE (P.), « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris : Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux, 2007, p. 803.

Enclyclopédies et Fascicules

BRACONNIER (S.) (dir.), Fasc. 647 : Partenariats public-privé internationaux, *J.-CL.Contrats et Marchés publ.*, 3 Mai 2016.

CANTIÉ (C.), « Concession de service public.- Opportunité et implications du recours au contrat global », Fasc. 760, *J.-CL. Collectivités territoriales*, cote : 04,2010, 1er Avril 2010.

CHOMENTOWSKI (V.), « Tarification des services publics locaux », Fasc. 2650, *J.-CL. Collectivités territoriales*, cote : 01,2009, 14 Novembre 2008.

DARELLIS (P.), « Analyse financière.- Prospective financière d'une commune », Fasc. 3250, *J.-CL. Collectivités territoriales*, cote : 04,2011, 30 avril 2011.

DOUENCE (J.-C.), « La délégation contractuelle du service public local », Chapitre 4 (Folio n°6152), *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, Décembre 2010.

DREIFUSS (M.), « Les montages contractuels relatifs à la gestion du service de stationnement payant », Chapitre 1 (Folio n°3302), *Rép. Coll. Loc.*, Dalloz, Mars 2016.

GUERRIEN (B.), « Équilibre économique », *Encyclopaedia universalis*, encyclopédie en ligne : http://www.universalis.fr/encyclopedie/equilibre-economique/.

KLOPFER (M.), « Analyse financière des gestions externes », Fasc. 3700, *J.-CL. Collectivités territoriales*, cote : 01,2011, 20 Septembre 2010.

PEYRICAL (J.-M.), « L'évaluation préalable », §2, Chapitre 2 (Folio n°3222), *Rép. Coll. Loc*., Dalloz, Septembre 2013.

SOUSSE (M.), Fasc. 3400 : Utilisation du domaine public maritime, *J.-CL. Environnement et Développement durable*, 15 Janvier 2016.

Mélanges

BECK (B.), **VEDEL** (G.), *Etudes de finances publiques : mélanges en l'honneur de Monsieur le Professeur Paul-Marie Gaudemet,* Paris : Economica, 1984, 1046 p.

BIENVENU (J.-J.) (dir.), *À propos des contrats des personnes publiques : mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, 731 p.

COLLECTIF, *Le service public : mélanges en l'honneur de Marceau Long*, Paris : Dalloz, coll. « Études, Mélanges, travaux », Avril 2016, 500 p.

Mémentos pratiques

FORGET (J.), *Dynamique de l'amortissement, Renforcer l'autonomie financière de l'entreprise pour dynamiser ses investissements*, éd. D'organisations, coll. « Les mémentos finance », 2005, 116 p.

Mémento Francis Lefebvre, Comptable, 2016.

Mémento Francis Lefebvre, Fiscal, 2016.

Recueils de jurisprudences

CHAMARD-HEIM (C.), **MELLERAY** (F.), **NOGUELLOU** (R.), **YOLKA** (P.), *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Paris : Dalloz, coll. « Grands arrêts », 1ère éd., 2013, 886 p.

DAVID (C.), **FOUQUET** (O.), **PLAGNET** (B.), **RACINE** (P.-F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris : Dalloz, coll. « Grands arrêts », 5ème éd., 2009, 1158 p.

GAUDEMET (Y.), **STIRN** (B.), **DAL FARRA** (T.), **ROLLIN** (F.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Paris : Dalloz, coll. « Grands arrêts », 3ème éd., 2008, 604 p.

KARPENSCHIF (M.), **NOURISSAT** (C.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, *Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris : P.U.F., coll. « Thémis Droit », 1ère édition, 2010, (420 p.).

LONG (M.), WEIL (P.), **BRAIBANT** (G.), **DELVOLVÉ** (P.), **GÉNEVOIS** (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, coll. « Grands arrêts », 20ème édition, août 2015, (996 p.).

Colloques

AFAC, *Valoriser les patrimoines publics et privés des collectivités territoriales*, Actes du colloque, 14ème colloque, Paris, 16 Octobre 2008, 130 p.

États du colloque à l'Université Jean Moulin Lyon III, « Les EPIC dans tous leurs états : Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », *J.C.P.A.*, n°31-35, 27 Juillet 2009, 2196.

CLAMOUR (G.) (dir.), *Contrats et propriétés publiques*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, Paris : LexisNexis, coll. « Colloques & Débats », 267 p.

CLAMOUR (G.) et **UBAUD-BERGERON** (M.) (dir.), *Le nouveau droit des concessions*, actes du colloque du 8 avril 2016, éd. Du CREAM, 2016, 196 p.

DEFLINE (P.), *La notion de rentabilité financière : où est la frontière entre public et privé ?*, États Généraux du Management, 2012, 14 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques*, Les entretiens du Conseil d'État en droit public économique, Colloque organisé à l'E.N.A. du 6 juillet 2011, Dossier du participant, 127 p.

CONSEIL D'ÉTAT, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), *La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative*, Maison du Barreau de Paris, 17 juin 2015, disponible : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-mediation-et-la-conciliation-devant-la-juridiction-administrative.

CURAPP DE PICARDIE, *Le financement privé du développement local*, Colloque organisé à la Maison de la Culture, Amiens, P.U.F., 1995, 208 p.

GAUDEMET (Y.), *Synthèse des travaux, colloque CSN, la Circulation des propriétés publiques*, *J.C.P. N.*, n°43-44, 27 octobre 2006, p. 1906.

GUÉRARD (S.) (dir.), Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques », Paris : LexisNexis Litec, coll. « Colloques et débats », 2007, 137 p.

GUGLIELMI (G. J.), *Un service public universel ?*, Communication à la journée d'étude de la promotion « Doctrines/S » sur le thème « Objets et sujets universels », 29 octobre 2006, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 11 p.

KIRAT (T.), **MARTY** (F.), *Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique*, Réseau MATRICE, 17ème conférence annuelle de la Society for the Advancement of Socio-Economics (Budapest, 30 juin-2 juillet 2005), 19 p.

LOQUIN (E.), **KESSEDJIAN** (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, actes du colloque « Travaux du Centre de Recherche sur le droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Université de Bourgogne-CNRS, vol. 19, Paris, Paris : Litec, 2000, 612 p.

Thèses et memoires

ARSAC-RIBEYROLLES (A.), *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse, université Clermont I, 2005, dir. MESTRE (J.) et PORACCHIA (D.), 1 vol. (340 p.).

BAHOUGNE (L.), *Le financement du service public*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 289, 2015, (672 p.).

BECKERICH (C.), *Biens publics et valorisation immobilière*, Thèse, université Lumière Lyon 2, 2000, dir. BONNAFOUS (A.), (237 p.).

BERNARD (S.), *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de Droit public », t. 218, 2001, (392 p.).

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., coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, (672 p).

BOURDON (P.), *Le contrat admnistratifs illégal*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 131, Avril 2014, (962 p.).

BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique*, Thèse, université Paris I, 1995, dir. JEGOUZO (Y.), 2 vol. (647 p.).

BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèse », vol. 102, Avril 2011, (504 p.).

CHAMARD-HEIM (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés.- Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Paris : Dalloz, coll. »Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004, (764 p.).

COSSALTER (P.), *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit public », t. 249, 2007, (878 p.).

DE FONTELLE (L.), *Les personnes publiques, prestataires de service marchand. Repenser la conciliation de l'intérêt général et de la concurrence*, Thèse, université de Pau et des Pays de l'Adour, dir. TERNEYRE (P.), (728 p.).

DE GAUDEMAR (H.), *L'inaliénabilité du domaine public*, Thèse, université Panthéon-Assas, Paris, dir. BIENVENU (J.-J.), 2 vol. (637 f.).

DEFLINE (P.), *Notion de rentabilité financière et logique de choix dans les services publics : Le cas des choix d'investissement dans quatre services publics municipaux*, Thèse, Paris, CNAM, 2011, dir. MARCHAIS-ROUBELAT (A.), (378 p.).

DELACOUR (E.), *La notion de convention de délégation de service public*, Thèse, université Paris II, 1997, dir. DELVOLVÉ (P.), 1 vol. (755 p.).

DREYFUS (A.), *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Paris : Éd. A. Pedone, 1896, (167 p.).

DUMOND (S.), *La date et le contrat*, Thèse, université Jean Moulin Lyon 3, 2003, dir. MAYAUX (L.), 1 vol. (391 p.).

ECKERT (G.), *Droit administratif et commercialité*, Thèse, université de Strasbourg III Robert Schuman, 1994, dir. WALINE (J.), 2 vol. (854 p.).

EISINGER (T.), *Contribution à l'analyse des redevances pour service rendu perçues par les communes et leurs intercommunalités*, Thèse, université Aix-Marseille 3, 2015, dir. LAMBERT (T.), 1 vol. (372 p.).

ETIENNEY (A.), *La durée de la prestation, essai sur le temps dans l'obligation*, Thèse, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 475, 2008, (767 p.).

FROMONT (S.), *Le droit des marchés publics à l'épreuve du droit public financier*, Thèse, université Lille 2, 2001, dir. VANDENDRIESSCHE (X.), 1 vol. (687 p.).

GALHUID (F.), *Le régime fiscal et financier des délégations de services publics locaux*, Thèse, université Aix-Marseille 3, 1999, dir. PONTIER (J.-M.), 1 vol. (321 p.).

HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Thèses », sous-coll. « Bibliothèque de droit public », t. 260, 2008, (600p.).

HUBRECHT (H.), *Les contrats de service public*, Thèse, université de Bordeaux, 1980, dir. AUBY (J.-M.), 1 vol. (611 p.).

JONIEC (E.), *Les modes de financement des politiques d'aménagement du territoire*, Thèse, université Paris I, 2003, dir. BOUVIER (M.), 1 vol. (510 p.).

JURY (F.), *La contractualisation des obligations de service public : un vecteur d'éfficience économique des services d'intérêt économique général*, Mémoire de Master 2 Recherche Droit européen des affaires, dir. KARPENSCHIF (M.), Université Lyon 3, 2012, (110 p.).

LASBORDES (V.), *Les contrats déséquilibrés*, Thèse, université Toulouse 1, 2000, dir. SAINT-ALARY (C.), 2 vol. (732 p.), publiée, Aix-Marseille : P.U.A.M., 2000, (747 p).

LINOTTE (D.), *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux I, dact., 1975, (451 p.).

LOGEAT (C.), *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, Paris : L'Harmatan, coll. « Logiques Juridiques », 2009, (492 p).

LOMBARD (F.), *La cause dans le contrat administratif*, Paris : Dalloz, coll. : « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2008, (508 p.).

MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses », 2010, (608 p.).

NICINSKI (S.), *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris : L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, 1 vol. (564 p.).

NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, Paris : L.G.D.J., coll. « Bibliothèques de droit public », t. 241, 2004, (402 p.).

PÉQUIGNOT (G.), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Université Montpellier 1, Impr. Du midi, 1945, 1 vol (625 p.).

POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, Paris : L.G.D.J., coll. : « Bibliothèque de Droit public », t. 158, 1991, (595 p.)

PEZ (T.), *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris : L.G.D.J., coll. « Thèses », sous coll. « Bibliothèque de droit public », t. 274, 2013, (950 p.).

ROUX (C.), *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, Paris : L.G.D.J., coll. « Thèses », sous coll. « Bibliothèque de droit public », t. 290, 2015, (862 p.).

SAILLANT (E.), *L'exorbitance en droit public*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 109, 2011, (662 p.).

SAUGEZ (H.), *L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse, université d'Orléans, 2012, dir. NICINSKI (S.), (440 p.).

SCHMALTZ (B.), *Les personnes publiques propriétaires*, Paris : Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 13 Avril 2016, (580 p.)

SESTIER (J.-F.), *Le développement des techniques administratives conventionnelles*, Thèse, université Jean Moulin Lyon 3, 1988, dir. UNTERMAIER (J.), 1 vol. (948 p.).

SIBIRIL (K.), *Définition de la notion d'intérêt en droit administratif français*, Thèse, université de Bretagne occidentale - Brest, 2012, dir. DOAT (M.), 1 vol., (461 p.).

SYMCHOWICZ (N.), *La mutation des procédés contractuels des personnes publiques : le recours aux « montages contractuels complexes »*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2002, dir. RICHER (L.), 1 vol. (404 p.).

TAFOTIE YOUMSI (N. R.), *Build, Operate and Transfer. Modalité de partenariat public-privé, approche law and economics*, Bruxelles : Éd. Larcier, coll. « Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, 2013, 1 vol. (868 p.).

TRIGON (S.), *L'équilibre, standard du droit des contrats administratifs*, Thèse, université Jean Moulin Lyon 3, 2006, dir. SESTIER (J.-F.), 1 vol. (741 p.).

VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles : Éd. Bruylant, 2005, (1392 p).

VILA (J.-B.)*, Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse, université de Toulouse Capitole I, 2009, dir. MAZÈRES (J.-A.) et LINDITCH (F.), 1 vol. (477 p.).

Articles (revues)

ARTICLES COMMENTÉS

ALLAIS (M.), « Le quatrième pouvoir et la démocratie », *Nouvelle Revue de l'Économie Contemporaine*, n°22, octobre 1951, p. 10.

ALBERT (J.-L.), **DÜRR** (D.), « Le traitement fiscal des aides des collectivités locales », Ann. C.L., 1992, Vol. 12, n°12, p. 61 à 70.

AMARO (R.), « Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation », *C.C.C.*, n°8-9, Août 2014, étude 8.

AMILHAT (M.), « La rémunération, un critère suffisant pour distinguer les marchés publics et les délégations de service public ? », *J.C.P.A.*, n°38-39, 22 Septembre 2014, 2269.

ATIAS (C.), « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *R.D.*, 2003, p. 1103.

AUBY (J.-B.)

- « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », *R.F.D.A.*, supplément au n°3, 1997, p. 3.
- « La modernisation du droit des propriétés publiques », *Dr. adm.*, n°10, Octobre 2004, repère 9.
- « L'intervention départementale en faveur de la gestion d'un service public communal en régie », *Dr. adm.*, n°11, Novembre 2011, comm. 91.
- « Tarification sociale des services publics », *Dr. adm.*, n°6, Juin 2014, repère 6.

AUBY (J.-B.), **MAUGÜÉ** (C.), « Les contrats de délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°9, 2 Mars 1994, I 3743.

AUBY (J.-F.), « La durée des conventions de délégation de service public », *L.P.A.,* 13 Mars 1996, p. 12.

AUBY (J.-M.), « La notion de concession et les rapports des collectivités locales et des établissements publics de l'électricité et du gaz dans la loi du 8 avril 1946 », *C.J.E.G.*, 1942, 2.

AUGAGNEUR (L.-M.), **KARPENSCHIF** (M.), « Eurotunnel et la question de la validité des clauses de substitution :- Step-in right versus droit des faillites », *J.C.P.G.*, n°4, 25 Janvier 2006, I 106.

AURIOL (E.), « Concurrence par comparaison. Un point de vue normatif », *Rev. Éco.*, vol. 51, n°3, 2000, p. 621 à 634.

AVERCH (H.), **JOHNSON** (L.L.), « Behaviour of the firm under regulatory constraint », *The American Economic Review*, n°52, 1962, p. 1052 à 1069.

AYNES (L.), « Le contrat, loi des parties », *C.C.C.*, n°17, Dossier : Loi et Contrat, mars 2005.

AYRAULT (L.), « Domaine public et taxes foncières », *Dr. adm.*, n°3, Mars 2005, étude 4.

BANDARI (S. B.), « Discounted Payback : a criterion for capital investment decisions », *Journal of Small Business Management*, Avril 1986, vol. 24 issue 2, p. 16 à 22.

BARBIER (C.), « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *J.C.P.G.*, 18 Janvier 1995, I, p. 3816.

BARROUCH (G.), « La mise en œuvre de démarches qualité dans les services publics : une difficile transition », *P.M.P.*, vol. 27/2, 2010, p. 109 à 128.

BARTHELEMY (C.), « Coûts incrémentaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public », *R.J.E.P.*, n°621, Juin 2005, 100044.

BAUDENEAU (A.), **MICHELET** (C.), « Le financement des syndicats mixtes ouverts », *Gaz. Pal.*, 25 févr. 2013, p. 50.

BAZEX (M.), **BRUNET** (P.), **SUBRA DE BIEUSSES** (P.), « Concurrence : Interventions économiques des personnes publiques », *C.C.C.*, n°5, Mai 2006, chron. 1.

BEAUD (M.), « Économie, théorie, histoire : essai de clarification », *Rev. éco.*, vol. 42, n°2, 1991, p. 155 à 172.

BEESLEY (M.E.), **LITTLECHILD** (S.C.), « The regulation of privatized monopolies », *Rand Journal of Economics*, vol. 20, n°3, Automne 1989, p. 454 à 472.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *J.C.P.G.*, n°21, 25 Mai 2015, doctr. 603.

BERAUD (A.), « Le développement de la théorie de l'équilibre général, les apports d'ALLAIS et de HICKS », *Rev. éco.*, 2014/1, vol. 65, p. 125 à 258.

BERGEAL (C.)

- « Notion de marché public », *A.J.D.A.*, 1999, p. 517.
- « Importance du critère de la rémunération dans la distinction entre les marchés publics et les conventions de délégation de service public », *A.J.D.A.*, 1999, p. 714.
- « Doit-on craindre un détournement de la société publique locale par les collectivités locales ? », *A.J.C.T.*, 2011, p. 19.

BERNARD (E.), « L' « activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *R.I.D. éco.*, 2009/33 (t.XXIII, 3), p. 353-385.

BERNERON-COUVENHES (M.-F.), « La concession des services maritimes postaux au xixe siècle. Le cas exemplaire des Messageries Maritimes», *Rev. éco.*, 1/2007 (Vol. 58) , p. 259 à 276.

BEZANÇON (X.), **VAN RUYMBEKE** (O.), « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession », *A.J.D.A.*, 1990, p. 813.

BIRKINSHAW (P.), **BREEN** (E.), « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », *R.F.D.A.*, 2006, p. 1015.

BONNAFOUS (A.)

- « Les infrastructures de transport et la logique financière du partenariat public-privé : quelques paradoxes », *Rev. Française d'économie*, vol. 17, n°1, 2002, p. 173 à 194.
- « Tarification optimale et formes contractuelles dans un programme d'infrastructures en PPP **»,** *Rev. Éco.*, 2011/5, vol. 62, p. 184.

BONNOTTE (C.), « Les conventions de service public et le temps », *R.F.D.A.*, 2005, p. 89.

BOUCHER (J.), **BOURGEOIS-MACHUREAU** (B.), « Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs », *A.J.D.A.*, 2008, p. 575.

BOUILLON (J.), « Aspects juridiques en financement de projet de la « bancabilité » des contrats de partenariat et de délégation de service public », *B.J.C.P.*, 2012, p. 79-85.

BOULOUIS (N.), « Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives », *R.F.D.A.*, 2014, p. 617.

BOUSQUET (G.H.), « Les trois notions de l'équilibre économique », *Econometrica*, vol. 1, n°2, Avril 1933, p. 193 (190-196).

BOURRACHOT (F.), « La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens », *R.F.D.A.*, 2003, p. 1110.

BRACONNIER (S.)

- « Les contrats de partenariat et les collectivités territoriales locales : entre mythe et réalités », *B.J.C.P.*, 2004, p. 346.
- « Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement... », *R.D.I.*, 2011, p. 270.
- « Conséquences indemnitaires de la résiliation unilatérale d'un contrat public », *R.D.I.*, 2011, p. 396. « L'affaire Jean Bouin », *R.D.I.*, 2011, p. 162.
- « Sécuriser le financement des PPP en sécurisant les « accords autonomes » ?, R.D.I., 2012, p. 529.
- « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *A.J.D.A.*, 2013, p. 529.

- « Retard de chantier et (dés)équilibres des relations contractuelles », *A.J.D.A.*, 2014, p. 2343.
- « Introuvables conditions de recours aux contrats de partenariat… », *J.C.P.G.*, n°50, 8 Décembre 2014, 1285.
- « Nouvelles directives et partenariats public-privé : plaidoyer pour une consolidation », *R.D.I.*, 2015, p. 8.

BRACONNIER (S.) (dir.), **DELSAUX** (A.), **MOREL** (J.-B.), « Analyse comparative : la recherche d'une Best value for money à la française », *Contrats et marchés publ.*, Septembre 2005, n°9.

BRAMERET (S.), « La société d'économie mixte contrat : partenariat public-privé institutionnalisé à la française ? », *J.C.P.A.*, n°49, 2 Décembre 2013, 2347.

BRENET (F.)

- « La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions », *R.F.D.A.*, 2003, p. 252.
- « La détermination de la durée des délégations de service public », *R.J.E.P.,* n°672, Février 2010, comm. 8.
- « L'obligation d'exécution du contrat administratif unilatéralement modifié par l'Administration pour motif d'intérêt général », *Dr. adm.*, n°1, Janvier 2011, comm. 3.
- « La délégation unilatérale de service public », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1435.
- « Nouvelle définition de la clause « exorbitante » », *Dr. adm.*, n°1, Janvier 2015, comm. 3.
- « Les nouvelles bases du droit des concessions », *A.J.D.A.*, 2016, p. 992.

BROUSSEAU (E.), **GLACHANT** (J.-M.), « Introduction : Éeconomie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Rev. d'économie indus.*, vol. 92, 2ème et 3ème trimestres 2000, p. 23 à 50.

BUREL (A.), « La résiliation, nécessaire sanction de la durée excessive des conventions de délégation de service public postérieures à la loi Sapin *», A.J.C.T.*, 2013, p. 462.

BURGER (P.), **HAWKESWORTH** (I), « How To Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement », *OECD Journal on Budgeting*, Paris, 11.1, 2011, p. 91-146.

BUY (F.) et **DUBREUIL** (C.-A.), « Regards croisés droit public / droit privé : qu'est-ce qu'une clause exorbitante de droit commun ? », *J.C.P.A.*, n°6, 10 Février 2014, p. 2033

CABANNES (X.), « L'usager et la rémunération du service rendu », *R.F.D.A.*, 2013, p.482

CAFARELLI (F.), « Remunicipalisation et finances », *J.C.P.A.*, n°10, 10 Mars 2014, 2069.

CANIVET (G.), « Le droit de propriété confronté à la théorie des infrastructures essentielles », *R.L.D.A.*, 2006/11.

CAPITANT (D.), « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *R.L.C.T.*, Février 2009, p. 40 à 43.

CASSIA (P.), « Service public français et droit communautaire », *L.P.A.*, 4 Juill. 2002 ; n°133

CATHELINEAU (J.), « Diversité et particularisme des concessions de travaux publics », *C.J.E.G.*, 1968, I, 27 et 53.

CHABELLARD (F.), « Concurrence fiscale et efficacité de la délégation de service public », *Ingénieries*, n°38, *Sciences Eaux & Territoires,* Avril 2004, p. 61-71.

CHAHID-NOURAI (N.), **BERTHON** (G.), « La vraie nature des concessions hydroélectriques », *R.F.D.A.*, mars-avril 2017, n°2, p. 262.

CHALAYER ROUCHON (S.)

- « Le lissage des résultats : éléments explicatifs avancés dans la littérature », *Revue C.C.A.*, Association Francophone de Comptabilité, Vuibert, 1995, 2, p. 89 à 104.
- « La manipulation des variables comptables à des fins de lissage des resultats », *Modèles d'organisation et modèles comptables*, Mai 1995, 2, p.1207 à 1222.

CHAMARD-HEIM (C.)

- « Les garanties financières de l'occupant privatif du domaine public aéronautique lors de la résiliation de sa convention d'occupation », *R.J.E.P.,* n°674, Avril 2010, comm. 17.
- « Les personnes publiques locataires », *J.C.P.A.*, n°17, 30 Avril 2012, 2139.

CHAMPAUD (C.), « Droit administratif et droit des affaires », *A.J.D.A.*, 1995, p. 82.

CHARBIT (N.), « Le financement des missions de service public au regard du Traité d'Amsterdam », *Gaz. Du Palais,* 8 juin 2000, n°160, p. 18.

CHENUT (C.-H.), « Les raisons de constituer un groupement d'entreprises en exécution d'un contrat de partenariat public-privé, *J.C.P.A.*, n°31-35, 31 Juillet 2006, 1176.

CHEVALLIER (J.), « Les nouvelles frontières du service public », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 n°2, p. 14-24.

CLAMOUR (G.)

- « La place de la délégation de service public au sein de la commande publique », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1429. « Investissement jurisprudentiel du B.E.A. », *A.J.D.A.,* 2014, p.285.

- « L'évaluation préalable « extrinsèque » des partenariats public-privé de l'État », *Contrats et Marchés publ.,* n°11, Novembre 2012, comm. 300.
- « Singulier encadrement des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publ.,* n°2, Février 2015, comm. 28.

COLLET (M.)

- « L'amortissement fiscal des biens de retour dans les concessions de service public. – A propos de l'arrêt Société Sogeparc France du 14 janvier 2008 », *R.J.E.P.*, n°655, Juillet 2008, étude 6.
- « Précisions sur le régime fiscal des délégations de service public »*, R.J.E.P.*, n°663, Avril 2009, comm. 17.
- « La pratique de l'amortissement de caducité par les délégataires de service public », *Dr. Fisc.*, n°17, 23 Avril 2009.
- « Les modalités de répercussion de la taxe foncière sur les titulaires d'une autorisation d'occuper le domaine public », *J.C.P. A.*, n°39, 27 Septembre 2010, 2288.
- « À quelles conditions une régie locale de service public peut-elle échapper à l'impôt sur les sociétés ? », *A.J.D.A.*, 2012, p. 1807.
- « Les incidences fiscales de la redéfinition du régime des biens de retour par le juge administratif », Dr. Fisc., n°16, 18 Avril 2013, comm. 246.

COSSALTER (P.)

- « Les concessions à durée endogène », *Dr. adm*., n°5, Mai 2006, étude 9.
- « La renaissance de la concession de travaux : un contrat ni souhaité ni souhaitable », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1882.

COURIVAUD (H.), « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *R.I.D. éco.*, 4/2004 (t.XVIII, 4), p. 395 à 434.

CUCHE (P.), **LEQUIEN** (M.), « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé d'équipements publics », *Dr. adm*, n°12, 2004, étude 22.

DABRETEAU (J.), « Arrêt Société Domaine Porte des neiges : retour sur le droit à indemnisation du concessionnaire en cas de résiliation d'une concession structurellement déficitaire », *CSP-DSP.*, n°21, Février 2016, p. 12.

DACOSTA (B.), « Le contrat ne peut prévoir au détriment d'une personne publique une indemnisation du cocontractant disproportionnée avec le préjudice subi », *R.J.E.P.*, n°692, Décembre 2011, commentaire 55.

DAÏMALLAH (H.), « La péréquation entre les collectivités territoriales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », R.F.F.P., 1er sept. 2015, n°131, p. 303.

DARD (O.), « Les économistes et le service public, d'une guerre à l'autre », *R.I.M.C.*, 2005/3, n°52-3, p. 119-131.

DAVID (E.), « Return on goodwill », *Journal of Applied Business Research*, Mars/Avril 2010, 26, 2, ProQuest Business Collection, p. 93.

DEBOUZY (O.), **APELBAUM** (R.), « Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique ? », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 2356

DECOCQ (G.), « Nouveau rebondissement dans la saga des vedettes vendéennes », *C.C.C.*, n°3, mars 2013, comm. 60.

DELACOUR (E.), « Équilibre du contrat de délégation de service public », *Contrats et Marchés publ.*, Décembre 2007, n°12.

DELVOLVÉ (P.), « Les contradictions de la délégation de service public », *A.J.D.A.*, 1996, p. 675.

DEMAYE-SIMONI (P.), « Le principe de libre administration autorise la modulation des aides financières entre collectivités territoriales », *Constitutions*, 2012, p. 51.

DENIAU (P.), **ROUAST-BERTIER** (P.), « Sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *R.D. bancaire et fin.*, n°4, Juillet 2008, étude 13.

DEREUX (G.), « De la nature juridique des « contrats d'adhésion » », *R. Dr. civ.*, IX., 1910, p. 34

DEVÈS (C.)

- « Quand l'intervention publique économique locale hésite entre droit public et droit privé… », *J.C.P.A.*, n°11-12, 17 Mars 2014, 2073.
- « Les sociétés publiques locales interdites d'activités accessoires ? », *J.C.P.A.*, 2016, 2246.

DIDRICHE (O.), « Le Conseil d'État clarifie les règles applicables aux biens des DSP et des concessions de travaux », *A.J.C.T.*, 2013, p. 91.

DIEU (F.)

- « Qualification de la gestion d'un service public communal de restauration collective : marché public ou DSP ? », *Contrats et Marchés publ.*, n° 3, Mars 2006, comm. 84.
- « De la durée fixée à la durée négociée.- L'évolution de la jurisprudence relative à la durée des conventions de délégation de service public », *J.C.P. A.*, n°18, 27 avril 2009, 2102.
- « La prolongation pour motif d'intérêt général d'une délégation de service public », *Dr. adm.*, n°11, Novembre 2009, comm. 146.

DOUENCE (J.-C.)

- « Les contrats de délégation de service public », *R.F.D.A.*, 1993, p. 936.
- « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *R.F.D.A.*, 1999, p. 1134.

DOMINO (X.), **BRETONNEAU** (A.), « Biens de retour : gare aux boomerangs », *A.J.D.A.*, 2013, p. 457.

DREYFUS (J.-D.)

- « La continuité du service public, motif d'intérêt général justifiant à lui seul la prolongation d'une délégation de service public », *A.J.D.A.*, 2005, p. 1686.
- « Les redevances pour services rendus peuvent être calculées en prenant en compte le chiffre d'affaires », *A.J.D.A.*, 2009, p. 2480.
- « Prévenir les incidents d'exécution d'une délégation de service public : les clauses de revoyure », *A.J.C.T.*, 2011, p. 500.
- « La liberté de décider les modalités d'octroi des subventions est protégée constitutionnellement », *A.J.C.T.*, 2011, p. 561.

DUFAU (J.), « Définition du marché d'entreprise de travail public », *A.J.D.A.*, 1994, p. 231.

DUPAS (N.), **GAUBERT** (A.), **MARTY** (F.) et **VOISIN** (A.), « Les partenariats public-privé post crise financière. Evolution des conditions de financement des contrats et répercussion sur l'allocation des risques », *Gestion et Finances Publiques*, n°1-2012, janvier, p. 51-59.

DUPUIS (G.), « Sur la concession de service public », *D.*, chronique 222, 1978.

DUCHON-DORIS (J.-C.), « Conciliation et délégation de service public », *C.J.E.G.*, n°578, Juillet 2001, chron. 100106.

DYENS (S.)

- « La proposition de directive « concessions » et la loi « Sapin » sont-elles fondamentalement compatibles ? », *A.J.C.T.*, 2012, p. 604.
- « Le BEA est-il devenu le « droit commun » de la valorisation domaniale ? », *A.J.C.T.*, 2013, p. 79.
- « Du droit des aides d'État, et de (quelques) conséquences pratiques », *A.J.C.T.*, 2013, p. 290.
- « Une convention de subventionnement et d'objectifs confiant la gestion d'un équipement public à une association doit être requalifiée en DSP et soumise à une procédure de publicité et de mise en concurrence », *A.J.C.T.*, 2013, p. 413.

ECKERT (G.)

- « Des modalités de dévolution de la gestion d'un service public à un opérateur privé », *Contrats et Marchés publ.,* n°6, Juin 2007, comm. 191.
- « Notion de délégation de service public : une place faite au critère du risque d'exploitation », *Contrats et Marchés publ.,* n°12, Décembre 2008, comm. 296.
- « Détermination de la durée des délégations de service public », *Contrats et Marchés publ.,* n°11, Novembre 2009, comm. 364.
- « Notion de délégation de service public : au-delà de la lettre du contrat ! », *Contrats et Marchés publ.,* n°5, Mai 2010, comm. 189.
- « Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.,* n°10, Octobre 2010, étude 9.
- « Modulation des subventions publiques en fonction du mode de gestion du service », *Contrats et Marchés publ.,* n°11, Novembre 2011, comm. 329.
- « Les biens indispensables au service public peuvent-ils être la propriété du délégataire ? », *Contrats et Marchés publ.,* n°4, Avril 2012, comm. 118.
- « Limitation de l'indemnisation des biens de retour », *Contrats et Marchés publ.,* n°6, Juin 2012, comm. 195.
- « Quelle sanction en cas d'insuffisance d'information des conseillers sur la durée de la convention ? », *Contrats et Marchés publ.,* n°8, Août 2012, comm. 257.
- « La subvention d'amélioration du service public est une aide d'État », *Contrats et Marchés* publ., n°10, Octobre 2012, comm. 289.
- « Le Conseil d'État clarifie le régime des biens de retour », *Contrats et Marchés publ.,* n°2, Février 2013, comm. 41.
- « Droit à l'information du concédant », *Contrats et Marchés publ.,* n°2, Février 2013, comm. 42.
- « Résiliation d'un contrat de durée excessive », *Contrats et Marchés publ.,* n°3, Mars 2013, comm. 83.
- « Régime fiscal des biens de retour », *Contrats et Marchés publ.*, n°5, Mai 2013, comm. 146.
- « Taxe foncière et biens de retour », *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2013, comm. 317.
- « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *A.J.D.A.*, 2014, p. 1941.

- « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *J.C.P.A.*, n°21, 26 Mai 2014, 2160.
- « La directive sur l'attribution de contrats de concession ou l'affermissement du droit de la commande publique », *R.J.E.P.*, n°722, Août 2014, étude 6.
- « Le Tribunal des conflits précise la notion de clause exorbitante », *Contrats – Marchés publ.*, n°12, Décembre 2014, comm. 322.
- « Notion de biens de retour », *Contrats et Marchés publ.*, n°5, Mai 2016, comm. 139.
- « Délégation de service public et aide d'État dans la liaison maritime entre Marseille et la Corse », *Contrats et Marchés publ.*, n°6, Juin 2016, comm. 160.

EECKHOUDT (L.), **GOLLIER** (C.), « La théorie économique du risque : une relecture de quelques contributions fondamentales », *Assurances et gestion des risques*, vol. 81 (1-2), mars-avril 2013, p. 47-57.

EVEILLARD (G.), « Nouveau retour sur les biens de retour », *Dr. adm.*, n°3, Mars 2013, comm. 20.

FAGES (B.), « Même pour respecter l'équilibre contractuel, le juge ne peut modifier le contrat », *R.T.D. civ.*, 2009, p. 528.

FARÈS (M.), **SAUSSIER** (S.), « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Rev. française d'économie*, vol. 16, n°3, 2002, p. 193 à 230.

FATÔME (E.), « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », *A.J.D.A.*, 2003, p. 21.

FATÔME (E.), **TERNEYRE** (P.)

- « Quel est le propriétaire des ouvrages construits sur le domaine public, note sous Conseil d'État, 21 avril 1997, *Ministre du Budget c. Société Sagifa* », *R.F.D.A.*, 1997, p. 935.
- « Le statut des biens des délégations de service public – Après l'arrêt Commune de Douai », *A.J.D.A.*, 2013, p. 724.

FAVRET (J.-M.), « Pouvoir du juge administratif de moduler l'indemnité de résiliation prévue par un contrat », *A.J.D.A.*, 2016, p. 2095.

FÉVROT (O.), « Oxymore pour les contrats administratifs : la modification unilatérale consentie des clauses financières », *Contrats et Marchés publ.,* n°4, Avril 2008, comm. 77.

FLEURY (B.), « Les délégations de service public à l'épreuve des Chambres régionales des comptes », *J.C.P. A.*, n°9, 25 Février 2013, 2056.

FOLLIOT-LALLIOT (L.), « Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public : état d'avancement des travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit international sur les projets d'infrastructure à financement privé », *R.F.D.A.*, 2003, p. 893.

FOSSIER (T.), **SALTIEL** (M.), « Service public et concurrence : contributions récentes de la cour d'appel de Paris », *J.C.P. G.*, n°18, 3 Mai 2010.

FOULQUIER (N.), **ROLIN** (F.), « Constitution et service public », *N.C.C.C.*, n°37, Octobre 2012.

FRANCFORT (J.), « La cession des propriétés publiques », *A.J.D.A.*, 2013, p. 558.

GABAYET (N.), « L'établissement public, procédé à reconsidérer (2/2) . - L'établissement public gestionnaire d'activités économiques : adaptation ou extinction ? », *J.C.P.A.*, n°15, 18 Avril 2016, 2104.

DE GAUDEMAR (H.), « La dépénalisation du stationnement payant des véhicules sur la voie publique », *J.C.P.A.*, n°8, 24 Février 2014, 2055.

GAHDOUN (P.-Y.), « Le Conseil constitutionnel et le contrat », Cahiers du Conseil constitutionnel, n°31 (Dossier : le droit des biens et des obligations), mars 2011.

GAUDEMET (Y.)

- « Le marché d'entreprise de travaux publics », *M.T.P.B.*, 23 déc. 1988, p. 44.
- « Retour sur l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques », *R.J.E.P.*, n°645, Août 2007, repère 2.
- « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *R.D.P.*, 1er mars 2010, n°2, p. 313.
- « Qu'est-ce qu'une subvention publique ? », *R.J.E.P.*, juillet-août 2011, p. 1.
- « Constitution et biens publics », *N.C.C.C.*, n°37, octobre 2012.

GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'économie industrielle*, 2000, vol. 92, n°1, p

GIACUZZO (J.-F.), « Insaisissabilité des biens publics et contrôle d'un service public délégué », *Dr. adm.,* n°4, Avril 2014, comm. 26.

GISCARD D'ESTAING (O.), « Is profit ethical ? », *Society and Economics*, 25, 2003, 2, p.153 à 158.

GLAIS (M.), « Concurrence – Infrastructures et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *R.I.D. éco.*, Vol. 85, 3ème trimestre 1998, p. 85 à 116.

GLATT (J.-M.), « La segmentarisation des contrats publics : le choix d'un montage contractuel efficient », *R.L.C.T.*, 2011/67.

GOUTAL (Y.), **AVELINE** (A.), « Les conséquences d'une reprise en régie d'une activité : le cas des ressources humaines », *A.J.C.T.*, 2014, p. 194.

GRAS (A.), « Équilibre financier des contrats de délégation de service public », *Dr. adm.,* n°7, Juillet 2012, étude 13.

GRIMAUD (P.), « Résiliation d'une DSP : droit à indemnisation des biens de retour non amortis ouvert même lorsque le compte prévisionnel d'exploitation est déficitaire – Conseil d'État 4 mai 2015, *A.J.C.T.*, 2015, p. 488.

GUEGUEN (J.-M.), « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.*, 1999, p. 352.

GUELLEC (D.), **VAN POTTELSBERGHE DE LA POTTERIE** (B.), « Recherche et développement et croissance de la productivité : Analyse des données d'un panel de 16 pays de l'OCDE », *Rev. Éco. OCDE*, 2/2001, n°33, p. 111 à 136.

GUERIN-SCHNEIDER (L.), **NAKHLA** (M.), « Le service public d'eau délégué : du contrôle local des moyens au suivi de la performance », *P.M.P.*, vol. 18, n°1, 2000, p. 105-123.

GUGLIELMI (G.-J.), **KOUBI** (G.), « La notion de service public en droit européen », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1783.

GUILLENCHMIDT (M.), « Fiscalité des délégations de service public », *Contrats et Marchés publ.,* n°5, Mai 2003, chron. 13.

GUYOMAR (M.), « Ouvrage public et service public de l'électricité », *R.F.D.A.*, 2010, p. 551.

HAMENSCHLAGER (C.), « Une entreprise peut-elle rattraper son retard technologique ? Quelques éléments de réponse en économie de l'innovation », *R.E.P.*, Janv./Févr., 2012, p. 1 à 35.

HASSID (O.), **LOUISOT** (J.-P. A.), « La collecte d'information, clé de l'analyse des risques » *Documentation-Sciences de l'information*, vol. 51, n°3, 2014.

HOEPFFNER (H.)

- « Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public. - À propos de l'avis du Conseil d'État du 19 avril 2005 », *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2006, étude 19.
- « 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 », *Contrats et Marchés publ.,* n°10, Octobre 2012, étude 7.
- « La nouvelle directive Concessions.- Sécuriser le cadre juridique des concessions et préserver la liberté des concédants : une conciliation impossible ? », *Europe*, n°6, Juin 2014, étude 5.

o « L'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats – Marchés publ.*, n°6, Juin 2014, étude 6.

HUET (G.),

o « Contrat de partenariat : vers un premier bilan », *J.C.P.A.*, n°16, 18 avr. 2011, 2147, p. 19.

o « Audit financier en début de mandat : l'indispensable état des lieux », *J.C.P.A.*, n°21, 26 Mai 2014, p. 2158.

IDOT (L.), « Garantie de l'État et statut des EPIC », *Europe*, n°7, Juillet 2016, comm. 246.

JANICOT (L.), **LAFAIX** (J.-F.), « Le juge administratif, le contrat et la propriété des biens de retour », *R.F.D.A.*, 2013, p. 513.

JENSEN (M.C.), **MECKLING** (W.), « Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, 3 (4), 1976, p. 305 à 360.

JONCOUR (Y.), **RAYMUNDIE** (O.), « L'irresponsabilité partagée dans la gestion déléguée des services publics », *P.M.P.*, vol. 19, n°1, Mars 2001, p. 59-79.

JONGUELET (J.-P.), **GIPOULON** (J.-F.), **CADENAT** (P.), « Le concédant a une obligation minimale de protection du concessionnaire contre la concurrence, afin de garantir, au-delà de celui-ci, le service public lui-même », *A.J.D.A.*, 1993, p. 97.

JOURDAN (F.), « Les modes de gestion des transports publics : entre tradition et innovation », *J.C.P.A.*, n°29, 23 Juillet 2012, 2261.

KARPENSCHIF (M.)

o « La notion d'aide d'etat, application au secteur de l'energie », *R.J.E.P.*, n°595, Février 2003, chron. 100016.

o « De nouvelles règles pour le financement public des aéroports et de certaines lignes aériennes », *J.C.P.A.*, n°49, 5 Décembre 2005, p. 1377.

o « Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? », *R.J.E.P./C.J.E.G.*, février 2006, n°628, p. 43.

o « Les ÉPIC dans tous leurs états », *J.C.P.A.*, n°31-35, 27 Juillet 2009, p. 2197.

o « Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », *J.C.P.A.*, n°1, 9 Janvier 2012, p. 2006.

o « Quand le droit européen des aides d'État s'invite dans le contentieux des délégations de service public », *J.C.P.A.*, n°41, 15 Octobre 2012, p. 2326.

o « L'égale concurrence et les entreprises publiques locales », *J.C.P.A.*, n°1, 7 Janvier 2013, p. 2002.

- « Les délégations de service public et le droit de la concurrence », *J.C.P. A.*, n°9, 25 Février 2013, p. 2057.

KARPENSCHIF (M.), **MIDOL-MONNET** (L.), « Le programme national « Très Haut Débit - Volet B » : nouvelles responsabilités et nouveaux pouvoirs pour les collectivités territoriales en matière d'aménagement numérique », *J.C.P.A.*, 2012, p. 2056.

KIRAT (T.), **MARTY** (F.), **VIDAL** (L.), « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *R.I.D. éco*., 2005/3 (t.XIX), p. 291 à 318.

KIRAT (T.), « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *R.I.D. éco.,* n°1, 2003, p. 11 à 46.

LAGUERRE (A.), « Le financement privé des équipements publics », *R.F.P.P.*, 1er Novembre 2012 n°120, p. 63.

LAMBERT (A.), **MIGAUD** (D.), « La loi organique relative aux Lois de finances (LOLF) : levier de la réforme, *R.F.A.P.*, 2006/1, n°117, p. 11 à 14.

LAPP (C.), « L'obligation de communication des critères de sélection étendue aux DSP », *R.L.C.T.*, 2011/56.

DE LAUBADÈRE (A.), « Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *R.D.P.*, 1954, p. 36.

LAURENT (P.), « Les évolutions des dotations : les paradoxes de la péréquation », *R.F.F.P.*, du 1er fév. 2015, n°129, p. 37.

LAVIALLE (C.)

- « Responsabilité de la puissance publique - Responsabilité sans faute. État législateur. L. n. 84-575,9 juill. 1984. Conséquences sur les revenus des enquêteurs assermentés de la sécurité sociale. Loi d'intérêt général (oui). Responsabilité sans faute de l'État. Exclusion (oui) », *J.C.P.E.*, 20 novembre 1991, n°47.
- « Qualification du contrat passé par un sous-concessionnaire », *R.F.D.A.*, 2007, p.298.

LE BERRE (C.), « La logique économique dans la définition du service public », *R.F.D.A.*, 2008, p. 50.

LE CHATELIER (G.), « Où en est-on de la mise en œuvre de la jurisprudence Commune d'Olivet ? », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1092.

LE GALL (J.-P.), « La fiscalité du financement privé des équipements collectifs pour le compte de personnes publiques d'après le Rapport sur la fiscalité du Groupe de stratégie industrielle Travaux publics du Commissariat général du plan », *J.C.P.*, n°48, 30 Novembre 1989.

LE GOFF (J.-M.), « L'activité économique au sens du BIT », *Espaces populations sociétés,* 2013/3, 2013, p. 157 à 162.

LEHOUX (F.), **PACHEN-LEFEVRE** (M.-H.), « La rédaction des clauses relatives aux biens dans les DSP », *Contrats publics*, n°155, juin 2015.

LEPRON (F.), « Contrats publics – Concessions de travaux publics et DSP : comment les combiner ? », *Le Moniteur*, n°5563 du 9 Juillet 2010, p. n°56.

LEVOYER (L.)

- « Le traitement fiscal et financier de l'externalisation des propriétés publiques », *J.C.P.A.*, n°17, 30 Avril 2012, 2133.
- « Les collectivités territoriales et la maîtrise des dépenses publiques », *R.F.F.P.*, n°119, 1er sept. 2012, p. 133.

LIGNIERES (P.), « L'impact de l'allocation des risques dans les PPP sur la dette publique : éléments de réflexion », *La Revue du Trésor*, 2007, n°3, p. 291-293.

LINDITCH (F.)

- « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1996, p. 100.
- « La place du comité technique paritaire dans la procédure de délégation de service public », *J.C.P.A.*, 2003, n° 31-35, comm. 1722, p. 1064.
- « Les ressources tirées de l'exploitation peuvent provenir de subventions versées par des tiers à la délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°50, 11 Déc. 2006, 1301.
- « De la caducité contractuelle et de ses conséquences sur les contrats dont la durée excède celle de l'amortissement des investissements », *J.C.P. A.,* n°25, 15 Juin 2009, 2147.
- « Contribution à la distinction des conventions de délégation de service public et des contrats de partenariat », *J.C.P. A.,* n°51, 19 Décembre 2011, 2394.
- « Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? », *R.F.D.A.*, 2014, p. 403.
- « Libres propos sur l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *J.C.P.A.*, n°11, 21 Mars 2016, 2061.

LINOTTE (D.) et **CANTIER** (B.), « « Shadow Tolls » : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *A.J.D.A.*, 2000, n° 11, p. 863-872.

LLORENS (F.)

- « Les concessions d'outillage public sont des DSP », *Contrats et Marchés publ.*, n°3, Mars 2001, comm. 74.
- « Régime fiscal d'un marché d'exploitation de l'éclairage public et des feux de signalisation : droit à déduction des provisions pour amortissement », *Contrats et Marchés publ.,* n°11, Novembre 2009, comm. 359.
- « La théorie des biens de retour après l'arrêt « Commune de Douai » », *Contrats – Marchés publ.*, n°7, Juillet 2013, étude 7.

LLORENS (F.), **SOLER-COUTEAUX** (P.)

- « La mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire. Commentaire du décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement », *R.D.I.*, 2009, p. 616.
- « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *Contrats – Marchés publ.*, n°1, Janvier 2014, repère 1.
- « Le partenariat public-privé dans la tourmente », *Contrats – Marchés publ.*, n°10, Octobre 2014, repère 9.
- « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats – Marchés publ.*, n°11, Novembre 2014, repère 10.
- « Sociétés d'économie mixte (SEM) - Sociétés d'économie mixte et quasi-régie : la fin des illusions ? », *Contrats et Marchés publ.*, n° 10, Octobre 2016, repère 9.

LYONNET DU MOUTIER (M.), « Financement sur projet et Partenariat public-privé : la relation entre concédant et concessionnaire dans les BOT d'infrastructure », *P.M.P.*, vol. 21, n°1, 2003, p. 1-25.

LONG (M.), « Service public et réalités économiques du XIX^e^ siècle au droit communautaire », *R.F.D.A.*, 2001, p. 1161.

LORMETEAU (B.), « L'approfondissement de la définition des biens de retour révélant l'importance de l'intention des parties à l'aune des aléas technologiques », *Dr. adm.*., n°6, Juin 2016, comm. 38.

LOSCHAK (D.), « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *A.J.D.A.*, 1971, p. 261.

MAILLARD (D.)., « Amortissement fiscal, amortissement économique, taxation des profits », *Économie & prévision*, n°90, 1989-4, *in Patrimoines, dettes, taux d'intérêt*, p. 57-68.

MAINGUY (D.), « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *J.C.P.E.*, n°7, 18 Février 2016, act. 151.

MARCHAND (J.), « Contrats de délégation de service public. Durée du contrat public et durée d'amortissement Réflexions autour de la décision du d'État du 4 juillet 2012, n°352417, Communauté d'agglomération Chartres métropole », *Dr. adm.,* n°3, Mars 2013, étude 6.

MARCOU (G.), « L'expérience française de financement privé des infrastructures et des équipements, *A.C.L.*, Tome 19, 1999, p. 61-99.

MARQUES (M.), **GONZAGUE** (P.), « La soutenabilité budgétaire dans les contrats de partenariat », *Dr. adm.*, n°2, Février 2013, étude 4.

MARTIN (E.), « La régie municipale de la viande à Montpellier pendant la guerre », *Les annales de la régie directe*, n°95-98, Mars-Juin 1917, p. 126.

MARTIN (J.), « D'une définition à l'autre : nouvelles et anciennes difficultés à identifier les clauses révélant un contrat administratif », *R.F.D.A.*, 2015.23.

MARTY (F.), « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine », *R.L.C.*, Avril-Juin 2011, 27 (2011), p. 107-117.

MARTY (F.), **VOISIN** (A.), « Finances publiques et financements privés : quel nouvel équilibre pour les investissements des États ? », *P.M.P.*, 2012, 25 (3), p. 19-37.

MELLERAY (F.)

- « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1260.
- « Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité », note sous Tribunal des conflits, 12 avril 2010, *Electricité réseau distribution de France (ERDF) c. Michel* et Conseil d'État, Ass., Avis cont., 29 avril 2010, *M. et Mme Béligaud*, *R.F.D.A,* 2010, p. 572.

MÉNARD (C.), **SAUSSIER** (S.), « La délégation de service public, un mode organisationnel efficace ? Le cas de la distribution d'eau en France », *Rev. économie publ.*, n°12, 2003/1, p. 99-129.

MÉNARD (C.), **OUDOT** (J.-M.), « L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat », *R.F.A.P.*, n°130, 2009/2, p. 349-364.

MENEMENIS (A.), « Prolongation d'une délégation de service public en cas de suspension d'un nouveau contrat », *Dr. adm.*, n°10, Octobre 2005, comm. 134.

MESTRE (J.), « L'économie du contrat », *R.T.D. civ.*, 1996, p. 901.

M'HAND (F.), **SAUSSIER** (S.), « Coûts de transaction et contrats incomplets », *Rev. française d'économie*, volume 16, n°3, 2002. p. 193-230.

MICHELET (C.), **HUET** (G.), **GARNIER** (S.), « La négociation d'une délégation de service public », *Le courrier des Maires*, Cahier n°52, Février 2012, n°254.

MOLLION (G.)

- « Vers l'érosion de la théorie des biens de retour », *A.J.D.A.*, 2011, p. 363.
- « Propriété des biens nécessaires au service public : les remontées mécaniques font-elles exception au régime général des contrats administratifs ? », *J.C.P.A.*, n°23, 11 Juin 2012, 2189.
- « Remunicipalisation : le retour des biens », *J.C.P.A.*, n°10, 10 Mars 2014, 2068.

MOREAU (D.)

- « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification de ces délégations de service public », *A.J.D.A.*, 2003, p. 1418.
- « Prise en compte du caractère captif de la clientèle dans l'identification des contrats portant gestion du service public », *R.J.E.P.*, n°671, Janvier 2010, comm. 3.

NEVEU (B.), « Les sociétés dédiées à l'exploitation des services d'eau et d'assainissement et le droit des contrats publics », *Contrats Publics*, n°113, Septembre 2011, p. 42-47.

NICINSKI (S.)

- « Règles de concurrence et exploitation des ressources essentielles », *J.C.P.A.*, n°44, 29 Octobre 2007, 2287.
- « L'arrêt *Commune d'Olivet* et les distributeurs d'eau, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1747.
- « La délégation de service public et le temps », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1441.
- « L'indemnisation de la valeur non amortie des biens d'une concession constitue-t-elle une aide d'État ? », *A.J.D.A.*, 2015, p. 671.

NOGUELLOU (R.)

- « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *A.J.D.A.*, 2013, p. 986.
- « L'exécution des contrats de concession », *A.J.D.A.*, 2016, p. 1008.

PAULIAT (H.)

- « L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique ? », *J.C.P.A.*, n°44-45, 5 Novembre 2012, 2355.
- « Les finances publiques locales : un appel de la Cour des comptes à un pacte de gouvernance des finances locales », *J.C.P.A.*, n°45-46, 4 Nov. 2013, act. 875.
- « Interdiction de subventions aux SPIC : quelle interprétation donner de l'article L.2224-2 du CGCT ? », *J.C.P.A.*, n°17-18, 2 Mai 2016, 2121.

PELLISSIER (G.), « Les délégations de service public et le juge administratif : 20 ans d'application de la loi Sapin, *J.C.P.A.*, n°9, 25 Février 2013, 2055.

PEREON (P.), « La délégation des services publics administratifs », A.J.D.A., 2004, p. 1449.

PÉRINET-MARQUET (H.), « Les aspects économiques du contrat de construction », *R.D.I.*, 2002, p. 1.

PEZ (T.)

- « Le risque d'exploitation et la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation », *B.J.C.P.*, n°62, 2009, p. 7.
- « Le risque, les concessions et les marchés », *R.F.D.A.*, 2016, p. 237.

PEZET (A.), « La gestion du risque dans la décision d'investissement industriel : de la mesure à l'analyse », *Comptabilité – Contrôle – Audit*, Tome 6, Vol. 2, sept. 2000, p. 5 à 19.

PIÉTRI (J.-P.), « Notion de ressources tirées de l'exploitation d'un service », *Contrats et Marchés publ.*, n°1, Janvier 2007, comm. 23.

PLATON (S.), « Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1448.

POUYAUD (D.), « Concurrence, transparence et libre administration. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 sur la la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », *R.F.D.A*, 1993, p. 902.

PREVOST (R.), « La prospective économique », *Rev. éco.*, volume 16, n°2, 1965, p. 312-326.

PROOT (P.), « Passation et modification des concessions de travaux : l'apport de l'avis du 16 mars2010, *Dr. adm.*, n°10, Octobre 2011, comm. 83.

QUIRINY (B.), « Le droit de l'usager face au droit du marché », *R.F.D.A.*, 2008, p. 20.

RABU (G.), « La mondialisation et le droit : éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques, *R.I.D.E.*, 2008/3, t. 22, n°3, p. 335-356.

RAINAND (J.-M.), « Le contrat administratif : volonté des parties ou lois de service public ? », *R.D.P.*, 1985, p. 1183.

RAYMUNDIE (O.)

- « L'apport de la concession de travaux publics dans les contrats publics », *A.C.C.P.*, n°100, juin 2010.
- « Le rôle de l'inventaire des biens lors des opérations de liquidation », *A.C.C.P.*, n°115, Novembre 2011.
- « Récupération de la TVA en cas d'affermage : la fin du mécanisme de transfert de droit à déduction au 1er janvier 2016 », *C.S.P.*, n°21, Février 2016, p. 38 à 41.

RAYMUNDIE (O.), **MATHARAN** (X.)

- « Délégations de service public : vers un nouveau modèle », Dossier Actualité de la gestion déléguée, *A.C.C.P.*, n°95, Janvier 2010, p.78-82.
- « Mutualisation des services : le contrat comme alternative au « in house » ?, *R.L.C.T.*, 07/2010, n°59, p. 29-36.

RAPP (L.)

- « L'esprit des lois... face à celui du temps, à propos de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale », *R.F.D.A.,* 1993, p. 639.
- « La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics : le risque d'exploitation », *B.J.C.P.*, n°9, 2000, p. 82.
- « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », *Contrat et Marchés publ.*, n°7, Juill. 2008, étude n°7.
- « Quand la finance saisit la commande publique », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1017.

REGAIGNE (A.), « Contrôler à distance la satisfaction des usagers des services publics locaux », *Info. Soc.*, 2010/2, n°158.

REYNAUD (T.), « Les amours contrariées du contrat de partenariat et du service public », *B.J.C.P.*, n°70, 2010, p. 166.

RICHER (L.)

- « Délégation de service public : une notion difficile à cerner », Le Moniteur, 6 juin 1997, P. 56-58.
- « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *A.J.D.A.*, 1997, p. 3.
- « La production d'eau potable peut être érigée en service public autonome et déléguée », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1781.
- « Délégation de service public : le critère du risque financier », *A.J.D.A.*, 2008, p. 2454.
- « Le juge administratif et l'« ensemble contractuel » : le tournant de 2013 », *C.S.P.-D.S.P.*, n°13, 13 Février 2014, p. 10.
- « Justifications de la durée supérieure à vingt ans : quel contrôle du juge ? », *C.S.P.-D.S.P.*, n°14, 3 Avril 2014, p. 19.
- « La concession dans la commande publique », *B.J.C.P.*, n°103, Novembre-Décembre 2015, p. 403.
- « Les concessions d'autoroutes dans la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », *CSP-DSP*, n°20, Octobre 2015, p. 18.

RICHET (C.), **SOULÉ** (B.), **DURAND** (C.), « L'approche économique de la gestion déléguée en question – Le cas des complexes aquatiques », *Rev. fr. de gestion*, n°195, 2009/5, p. 43-53.

RITLENG (D.), « Financement du service public et aides d'État », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1011.

ROMAN-SEQUENSE (B.), « Quels sont les nouveaux outils de mutualisation des moyens des collectivités territoriales issus de la loi du 16 décembre 2010 portant réforme des collectivités territoriales », *Contrats et Marchés publ.,* n°4, Avril 2011, comm. 127.

ROUQUETTE (R.), « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *A.J.D.A.*, 1995, p. 483.

RUELLAN (A.), **HUGÉ** (A.), « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1597.

STERDYNIAK (H.), « Maurice Allais, itinéraire d'un économiste français », *Rev. Éco. pol.*, 2011/2, vol. 121, p.119-153.

TERNEYRE (P.), « Le marché d'entreprise de travaux publics », *Rev. Éco. Fin.*, 1995, vol. 5, n°1, p. 209-211.

TESTU (F.-X.), « Le juge et le contrat d'adhésion », *J.C.P.G.*, n°18, 5 Mai 1993, I 3673.

THOENIG (J.-C.), « Politique publique », *in Dictionnaire des politiques publiques*, 3ème édition, Paris : Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), coll. « Références », 2010, p. 420-427.

TREVOUX (F.), « « La notion économique de service public », *Rev. éco. pol.*, 1938, t. L II, p. 374.

TRUCHET (D.), « Unité et diversité des « grands principes » du service public, *A.J.D.A.*, 1997, n°H.S., p. 38.

SABIANI (F.), « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *A.J.D.A.*, 1977, 4.

SAUNIER (S.), « La notion de remunicipalisation », *J.C.P.A.*, n°10, 10 Mars 2014, 2066.

SCHEVIN (P.), « Contrats de concession de service public : la comptabilisation chez le concessionnaire et chez le concédant », *R.F.C.*, n°444, Juin 2011.

SCHULTZ (P.), « La prise en compte par le juge de l'injonction du pouvoir de modification unilatérale du contrat », *A.J.D.A.*, 2013, p. 2454.

SESTIER (J.-F.)

- « Limitation à l'obligation de recourir à l'avis du comité technique paritaire préalablement à la délibération sur le principe d'une délégation de service public », *Rev. A.L.Y.O.D.A.*, 2012, n°1.
- « Les biens de retour, entre liberté contractuelle et encadrement aménagé », *CP-ACCP*, n°131, Avril 2013, p. 79 à 82.

- « Les difficultés de cession des biens nécessaires à l'action des personnes publiques », *Contrats publics*, 2013, p. 2 à 6.
- « Contrats mixtes et concessions couvrant plusieurs activités », *Contrats publics*, 2014, p. 40 à 44.
- « L'abandon de la jurisprudence Peyrot », *J.C.P.A.*, n°22, 1er Juin 2015, 2156.

SIRINELLI (P.), « L'équilibre dans le contenu du contrat », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 240.

SYMCHOWICZ (N.), **PROOT** (P.), « L'avis du 19 avril 2005 : d'utiles précisions sur le contenu et le régime d'exécution des conventions de délégation de service public », *A.J.D.A.*, 2006, p. 1371.

SOLOSHCHENKOV (A.), « La notion d'aide d'État : entre rigidité et flexibilité », *R.T.D. eur.*, 2015, p. 757.

SOULIÉ (D.), « Les problèmes de la déréglementation aux États-Unis », *Revue française d'Études Américaines*, n°21-22, Novembre 1984, Économie et Pouvoirs, p. 409 à 417.

SUBRA DE BIEUSSES (P.), « Durée normale d'amortissement dans une délégation de service public », *A.J.D.A.*, 2010, p. 954.

TARRADE (P.), « Sur les transferts de propriétés publiques. Retour sur les travaux de la neuvième commission du 109e Congrès des notaires de France », *R.D.I.* 2014, p. 81.

TAUGOURDEAU (J.-P.), « Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique », *A.J.D.A.*, 1974, p. 512.

TERNEYRE (P.)

- « Le législateur peut-il constitutionnellement interdire aux départements de moduler leurs aides aux communes en fonction du mode de gestion du service public aidé ? », *R.J.E.P.*, n°691, Novembre 2011, comm. 48.
- « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *R.F.D.A.*, 2014, p. 407.
- « La durée des contrats », *R.F.D.A.*, 2016, p. 276.

TESSON (F.), « La notion française d'activité économique des personnes publiques », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1675.

TROGER (F.), « La notion de risque au centre de la définition de la concession de services », *C.S.P.-D.S.P.*, n°22, Avril 2016, p. 12.

TROGER (F.), **CONSTANT** (B.), « CICE et délégations de service public », *C.S.P.-D.S.P.*, n°13 3 Février 2014, p.18.

TRUCHET (D.), « Unité et diversité des « grands principes » du service public, *A.J.D.A.*, 1997, n°H.S., p. 38.

VAGUE (P.-M.), « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », *R.F.F.P.*, n°126, Mai 2014, p. 151.

VALETTE (B.), « Recettes accessoires du délégataire, l'éternelle oubliée ? », *J.C.P.A.*, n°18-19, 5 Mai 2014, 2141.

VANDOMME (L.), **BANDET** (D.), « La reprise du projet par la partie publique dans les contrats de partenariat », *R.D.I.*, n°2, Mars 2005, dossier 5.

VANDEPOORTER (A.)

- « La durée des contrats de partenariat », *C.P.- A.C.C.P,* n°150, Janvier 2015, p. 37.
- « La cession de créances attachées à un contrat public », *C.P.-A.C.C.P.*, n°169, octobre 2016.

VERNE (J.-F.), « Le partage équitable de la valeur ajoutée: un facteur de bonne gouvernance pour l'entreprise », *La Revue des Sciences de Gestion : Direction et Gestion,* 41.219, Mai/Juin 2006, p. 143 à 150.

VIDAL (L.)

- « Le juge administratif, l'économie et le contrat », *R.F.D.A.*, 1999, p. 1147.
- « Contrat administratif et aides d'État », *C.C.C.*, n°1, Janvier 2014, alerte 1.

VILA (J.-B.),

- « Précisions jurisprudentielles sur les modalités de calcul de la durée des délégations de service public et sur la portée de l'amortissement », *J.C.P.A.,* n°46, Novembre 2009, 9.
- « Recherches sur le rôle de l'amortissement pour rationaliser la rémunération du cocontractant – Cas des délégations de services publics et des partenariats public-privé », *Contrats et Marchés publ.,* n°5, Mai 2010, Etude 5.
- « L'amortissement de caducité dans les contrats administratifs : une exception fiscale toujours réservée aux concessions de service public », *J.C.P.A.,* n°26, 28 Juin 2010, 2209.
- « L'indemnité d'un cocontractant lors de la résiliation d'une concession.- De la prise en compte de la comptabilité par le juge du contrat à un juge comptable du contrat », *J.C.P.A.*, n°37, 12 Septembre 2011, 2294.
- « Traitement comptable et financier de la concession de service public. – Fiche pratique n°2 », *J.C.P.A.,* n°10, 12 Mars 2012, 2075.
- « Traitement comptable et financier des contrats d'affermage et de régie intéressée. – Fiche pratique n°3 », *J.C.P.A.,* n°12, 12 Mars 2012, 2086.

o « État des lieux des clauses financières et de la durée des délégations de service public : plaidoyer pour une révision des calculs applicables », *J.C.P.A.*, n°26, 2 Juillet 2012, 2226.

o « Durée des délégations de services publics : droit à indemnisation du délégataire lorsque la durée contractuelle est inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés », *J.C.P.A.,* n°50, 17 Décembre 2012, 2388.

o « Les règles applicables aux biens d'une délégation de service public (DSP) : méthodologie renouvelée du Conseil d'État », *J.C.P.A.,* n°8, 18 Février 2013, 2045.

o « Bilan en demi-teinte d'un service public aux intérêts financiers : les concessions de casinos », *Contrats – Marchés publ*., n°2, Février 2013, étude 2.

o « Conséquences de la nullité d'un contrat de délégation de service public : enjeux financiers », *Dr. adm.* n°3, Mars 2013, comm. 21.

o « Les délégations de service public à l'épreuve de l'urgence ou la mort annoncée d'un contrat administratif », *J.C.P.A.*, n°42, 14 Octobre 2013, 2297.

o « Nouvelles règles pour la TVA applicable aux délégations de services publics », *J.C.P. A.*, n°4, 27 Janvier 2014, 2020.

o « La détermination du statut fiscal des biens de retour d'une délégation de service public », *J.C.P.A.*, n°4 ; 27 Janvier 2014, 2021.

o « L'équilibre économique de la délégation de service public à la lumière de la directive concessions », *Dr. adm.*, n°11, Novembre 2014, étude 17.

o « Le contrôle d'une délégation de service public par une chambre régionale des comptes.- Le cas d'eau de Marseille Provence Métropole », *J.C.P.A.*, n°48, 1er Décembre 2014, 2336.

o « Le compte prévisionnel d'exploitation et la loyauté « précontractuelle » en délégations de services publics », *J.C.P.A.*, n°29, 20 Juillet 2015, 2232.

o « La résiliation pour faute d'une délégation de service public et le droit à indemnisation », *A.J.D.A*, 2015, p. 1051.

o « L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégations de service public », *J.C.P.A.*, n°11, 21 Mars 2016, 2063.

VILA (J.-B.), **WELS** (Y.), « Le sort et la nature juridique du solde d'un compte de travaux au terme d'une concession de service public », *J.C.P.A.*, n°51, 20 Décembre 2010, 2382.

VOISSET (M.)

- « Le service public autrement », *R.F.D.A.*, 1995, p. 304.
- « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité des services publics », *R.F.D.A.*, 1999, p. 473.

WAINTROP (F.), **CHOL** (C.), « Gestion publique et mondialisation : contraintes et opportunités », *P.M.P.*, 2003, vol. 21, n°2, pp. 119-137.

WALINE (M.), « La notion de régie intéressée », *R.D.P.*, 1948, p. 337-346.

WESTCOTT (R.), « Return on investment », *Quality progress*, Mai 2005, 38, 5, ProQuest Business Collection, p. 104.

WIERNASZ (M.), « Faut-il indemniser le manque à gagner lors de la résiliation d'une délégation de service public en raison de sa durée excessive ? », *A.J.D.A.*, 2013, p. 1499.

YE (S.), **TIONG** (R. L. K.), « The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects », *Construction Management and Economics*, Juillet 2003, 21, p. 471 à 482.

YOLKA (P.)

- « Les meubles de l'Administration », *A.J.D.A.*, 2007, p. 964.
- « Sur un Lazare contentieux : l'arrêt Commune de Fougerolles – Conseil d'État 25 novembre 2009 », *A.J.D.A.*, 2010, p.51

ZAFIRIS (N.), « The definition of profit and profit optimisation », *Southern Economic Journal (pre-1986)*, Juillet 1975, 42, 1, ProQuest Business Collection, p. 145.

ZIANI (S.)

- « Les limites conceptuelles et prudentielles à la rentabilité d'un service public délégué », *Dr. Adm.,* n°5, Mai 2011, étude 10.
- « Domanialité publique et taxe foncière », *J.C.P.A.*, n°51, 16 Décembre 2013, 2363.

Conclusions

BLUM (L.), sous C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie générale française des tramways, Leb.,* p. 216.

BERGEAL (C.), sous :

- C.E., 9 juillet 1998, req. n^{os} 156784 et 156785, *Société des eaux de Luxeuil-les-Bains et Ville de Cannes* (deux affaires), *R.F.D.A.*, 1998, p. 535.
- C.E., 7 avril 1999, req. n°156008, *Commune de Guilherand-Granges*, *M.T.P.B.*, n°4980, Mai 1999 ; *A.J.D.A.*, 1999, p. 517.

- C.E., 30 juin 1999, req. n°198147, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marais (SMITOM), A.J.D.A*., 1999, p. 714.

BOHNERT (B.), sous C.E., 8ème et 3ème sous-sections réunies, 21 oct. 2013, n°358873, *min. c/ Sté SEMIDEP*, *Dr. fisc.*, n°6, 6 février 2014, point 154, p. 52.

BOULOUIS (N.), sous :

- C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle*, *B.J.D.C.P.*, 2005, p. 381.
- C.E., 31 juill. 2009, req. n°296964, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble (GEG), R.J.E.P*., 2010, n°673, comm. 13, p. 22.
- C.E., 3 mars 2010, req. n°306911, *Département de la Corrèze*, *A.J.D.A.*, 2010, n°17, p. 957.

CHANTEPY (C.), sous C.E., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, par *R.F.D.A.*, 1996, p. 715.

CHARDENET (P.), sous C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Leb.* p.125.

CORNEILLE (M.), sous :

- C.E., 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. Ville de Paris*, *S.*1916.3.41.
- C.E., 3 déc. 1920, *Fromassol, R.D.P.*, 1921, 81.

DACOSTA (B.), sous :

- C.E., Ass., 21 Décembre 2012, req. n°342788, *Commune de Douai*, *R.F.D.A.,* 2013, p. 25.
- C.E., 15 mai 2013, req. n°364593, *Ville de Paris*, *R.J.E.P.* n°712, Octobre 2013, comm. 39.

DAUMAS (V.), sous C.E., 20 Juin 2012, n°341410, 3ème et 8ème sous sections réunies, Commune de la Ciotat », *R.J.F. 10/12 n°902*, *B.D.C.F. 10/12*, 2012, n°110.

DIEU (F.), sous T.A. Nice, 10 novembre 2006, req. n° 0505756, *Comité Intercommunal de défense des usagers de l'eau c. Communauté d'agglomération de Fréjus Saint-Raphaël*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 478.

DELARUE (J.-M.), sous C.E., 31 juill. 1996, req. n°126594, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, J.C.P.*, 1997, n°22790.

FENELLY (N.), sous C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec. C.J.C.E.*, p. I-10745.

GENTOT (M.), sous C.E., Sect., 26 nov. 1971, req. n°75710, *S.I.M.A.*, *Leb*., p. 723, *R.D.P.*, p. 239.

JACOBS (M.F.G.), sous C.J.C.E., 10 janv. 2006, aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et Cassa di Risparmio di San Miniato SpA., Rec. C.J.C.E.*, p. I-00289.

JAEGERSCHMIDT (H.), sous C.E., 12 janv. 1895, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans, Leb.*., p. 32.

JOSSE (P.), sous C.E., Ass., 17 juin 1932, req. n°12045, *Ville de Castelnaudary*, *Leb.*, p. 595.

KOKOTT (J.), sous :

- C.J.C.E., 13 oct. 2005, aff. C-548/03, *Parking Brixen, Rec. C.J.C.E*., 2005, p. I-08585.
- C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, *Rec. C.J.C.E*., 2008, I, p. 04401.

LAURENT (M.), sous C.E., Sect. 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai, Leb.*, p. 203 ; *A.J.D.A.,* 1956, p. 275.

LA PERGOLA (A.), sous C.J.C.E., 10 nov. 1998, aff. C-360/98, G*emente Arnhem, Gemente Rheden et BFI Holding BV*, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-06821.

LÉGER (P.), sous C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. C.J.C.E*., p. I-7788.

MADURO (P.), sous C.J.C.E., 11 juill. 2006, aff. C-205/03, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-06295.

MATTER (P.), sous T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain, Leb*., p. 91 ; *D*., 1921.3.1 ; *S*., 1924.3.34.

PELISSIER (G.), sous C.E., 21 sept. 2016, req. n°399656, *Communauté urbaine du Grand Dijon, B.J.C.P.,* n°109, Novembre-Décembre 2016, p. 444 à 451.

ROMIEU (J.), sous :

- C.E., 6 févr. 1903, req. n°07496, *Terrier*, *S.* 1903.3.25.
- C.E., 29 déc. 1905, *Bardy*, *Leb.*, 1905.

SENERS (F.), sous C.E., 17 oct. 2008, req. n°293220, *Société OGF*, *R.J.E.P.* n°661, Février 2009, comm. 7.

Textes législatifs et réglementaires

DROIT EUROPÉEN

- 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.U.E.* du 28 juin 1969, p. du 0001 – 0007, n° L 156.
- Règlement (CE), n°659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *J.O.C.E.*, du 27 mars 1999, n° L 083.
- 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, *J.O.U.E.* du 3 déc. 2007, n° L.315/1.
- Règlement (CE), du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.* du 29 nov. 2008, n° L320/1.
- Règlement (UE) n°360/2012, de la commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, du 26 avril 2012, n° L 114/8.
- Règlement (UE), n°1407/2013 de la Commission, du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, *J.O.U.E.* du 24 déc. 2013, n° L 352/1.
- Règlement (UE) n°372/2014 de la Commission du 9 avril 2014 modifiant le règlement (CE) n°794/2004 en ce qui concerne le calcul de certains délais, le traitement des plaintes, ainsi que l'identification et la protection des informations confidentielles, *J.O.U.E.*, du 12 avril 2014, n° L 109/14.
- Directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen (refonte), *J.O.U.E.* du 14 décembre 2012, n°L343/32.
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *J.O.U.E.* du 23 mars 2014, n° L. 94/1, p. 1-64.

DROIT INTERNE

- Loi du 28 pluviôse an VIII
- L. 29 déc. 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, *J.O.R.F.* du 30 déc. 1892, p. 6319.
- L. n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, *J.O.R.F.*, du 3 janvier 1971, p. 67.
- L. n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *J.O.R.F.* du 3 mars 1982, p. 730
- L. n° 82-1153 du 30 décembre 1982 dite L.O.T.I., *J.O.R.F.* du 31 déc. 1982, p. 4004.
- L. n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, *J.O.R.F.* du 13 juillet 1985, p.7914.
- L. n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *J.O.R.F.* n°33 du 8 fév. 1992, p. 2064, NOR : INTX9000102L
- L. 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, *J.O.R.F.* n°25 du 30 jan. 1993, p. 1588, NOR : PRMX9200148L
- L. n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, *J.O.R.F.* n°29 du 3 février 1995, p. 1840, NOR : ENVX9400049L
- L. n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *J.O.R.F.* n°288 du 12 déc. 2001, p. 19703, NOR : ECOX0100063L
- L. n°2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageur, J.O.R.F., N°193 DU 22 AOÛT 2007, P. 13956, texte n°2, NOR : MTSX0757838L.
- L. n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *J.O.R.F.*, 29 mai 2010, p. 9697, texte n°1, NOR : IOCX0912932L.
- L. n°2014-626, du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *J.O.R.F.*, n°0140, 19 juin 2014, p. 10105, texte n° 1, NOR : ERNX1317571L.
- L. n°2014-744 du 1er juill. 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte locales à opération unique, *J.O.R.F.*, 2 juill. 2014, p. 10897.
- Ord. n°2004-559 du 17 juin 2004 modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat sur les contrats de partenariat, version consolidée au 19 février 2009, NOR : ECOX0400035R.

- Ord. n°2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, *J.O.R.F.*, n°0162, 16 juillet 2009, p. 11853, texte n°9, NOR : ECEM0911050R.
- Ord. n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *J.O.R.F.*, n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602, texte n° 38, NOR : EINM1506103R.
- Ord. n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, *J.O.R.F.*, n°25 du 30 janvier 2016, texte n°66, NOR : EINM1527673R.
- Ord. n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26, NOR : JUSC1522466R.
- Ord. n°2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, *J.O.R.F.*, n° 0093 du 20 avril 2017, texte n° 8, NOR : ECFM1704343R.
- Décret-Loi du 28 décembre 1926, Loi relatif aux regies municipales reglementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financiere, *J.O.R.F.*, du 31 déc. 1926, p. 13742.
- Décret-loi 17 juin 1938
- Décret n°84-617 du 17 juillet 1984 relatif à l'application de l'article 14 de la loi 82-1153 du 30 décembre 1982 relatif aux grands projets d'infrastructures, aux grands choix technologiques et aux schémas directeurs d'infrastructures en matière de transports intérieurs, *J.O.R.F.* du 18 juillet 1984, p. 2307.
- Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, *J.O.R.F.*, n°246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n°19, NOR : ECOM0400477D.
- Décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relative aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *J.O.R.F.*, n°0099 du 28 avril 2010, NOR : ECEM0929044D.
- Décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, *J.O.R.F.*, n°0027 du 2 février 2016, texte n°20, NOR : EINM1527677D.
- Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *J.O.R.F.*, n°0074 du 27 mars 2016, texte n°28, NOR : EINM1600207D.
- Décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 relatif à la médiation dans les litiges relevant de la compétence du juge administratif, *J.O.R.F.*, n°0093 du 20 avril 2017, texte n° 23, NOR : JUSC1703326D.

Décisions de la Commission européenne

- Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, C(2005) 2673, *J.O.U.E.*, 29 novembre 2005, L 312/67.
- Décision de la Commission du 20 déc. 2011, relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, C(2011) 9380 final, *J.O.U.E.*, L7 du 11 février 2012, p. 3 à 10.
- Décision de la Commission européenne, C(2014) 7580 final, du 28 octobre 2014 relative à l'aide d'État SA.2014/N 38271 – France Plan de relance autoroutier.

Communications de la Commission européenne

- Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, 2000/C 121/02, *J.O.U.E.*, n°1 C 121 du 29 avril 2000, p. 2 à 13.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Livre vert sur les services d'intérêt général*, COM(2003) 0270 final, Bruxelles, 21 mai 2003.
- Communication de la Commission des Communautés européenne, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004) 327 final, Bruxelles, 30 avril 2004.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Livre Blanc sur les services d'intérêt général*, COM (2004) 374 final, Bruxelles, 12 mai 2004.
- Communication de la Commission, cadre de l'Union européenne pour les aides d'État sous forme de compensations de service public (2011), *J.O.U.E.*, C8 du 11 janv. 2012, p. 15 à 22.
- Communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État européen Union aux compensations octroyées pour la fourniture de services d'intérêt économique général, *J.O.U.E.*, C8 du 11 janv. 2012, p. 4 à 14.
- Communication de la Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011) 0681 final, non publiée, du 25 oct. 2011, disponible sur eur-lex.europa.eu.

- Communication de la Commission sur des lignes directrices interprétatives concernant le règlement (CE) n°1370/2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, *J.O.U.E.*, n° 2014/C 92/01 du 29 mars 2014.

Document de travail de la Commission Europeenne

- Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur », Bruxelles, le 29 avril 2013, SWD(2013) 53 final/2.

Décision d'Eurostat

- Décision n°18/2004, du 11 février 2004, sur le déficit et la dette, relative au traitement des partenariats public-privé.

Circulaires

- Circulaire du Premier ministre et du ministre de l'économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, *J.O.R.F.*, 30 nov. 1974, n°2007.
- Circulaire du 15 juin 1987 relative à l'organisation des administrations centrales et à la délégation de signature des ministres, *J.O.R.F.* du 17 juin 1987, p. 6457, NOR : PRMG8700036C.
- Circulaire du 6 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics, *J.O.R.F.* du 24 octobre 1987, NOR: ECOM8710070C.
- Circulaire du Ministre de l'intérieur, du 27 nov. 2000, relative à la gestion des crématoriums dans le cadre de la loi du 8 janvier 1993, NOR/INT/B/00/00269C.
- Circulaire du Ministre de l'intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales du 4 juillet 2008, relative à l'application par les collectivités territoriales des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), NOR/INT/B/08/00133/C.
- Circ. du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, *J.O.R.F.*, 18 sept. 2009, n°216, p. 15230 à 15234, NOR : ECEM0917498C.

Instructions

- Instruction pour l'établissement des impôts cédulaires sur les revenus et de l'impôt général sur le revenu, du 31 janv. 1928, Ministère des Finances.
- Instruction DGFIP n°10-09-M0 du 7 décembre 2010, Conséquences de l'arrêt Commune d'Olivet (Durée des délégations de service public), NOR : BCRZ1000084J.
- Instruction DGFIP n° 14-0013 du 22 juillet 2014, Avis du directeur départemental des finances publiques sur la durée des délégations de service public en matière d'eau, d'assainissement ou de déchets (Décision Commune d'Olivet), NOR : FCPE1419420J.
- Instruction DGCL n°16-010013-D du 9 mai 2016 relative aux obligations de rapport sur l'application par les collectivités territoriales du droit de l'Union européenne relatif aux aides publiques octroyées aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG), NOR : INTB1610190N.

Avis

DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

- Avis n°14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires.

DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS FERROVIAIRES ET ROUTIÈRES

- Avis n° 2017-039 du 29 mars 2017 portant sur les redevances relatives aux prestations régulées fournies par SNCF Réseau dans les gares de voyageurs pour l'horaire de service 2018.
- Avis n° 2017-049 du 14 juin 2017 relatif au projet de 18ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 19 août 1986 et au cahier des charges annexé à cette convention.
- Avis n° 2017-050 du 14 juin 2017 relatif au projet de 16ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des Autoroutes Rhône-Alpes (AREA) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 9 mai 1988 et au cahier des charges annexé à cette convention.
- Avis n° 2017-051 du 14 juin 2017 relatif au projet de 17ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des Autoroutes du sud de la France (ASF) pour la concession

de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 7 février 1992 et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021.

- Avis n° 2017-052 du 14 juin 2017 relatif au projet de 18ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société COFIROUTE pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 12 mai 1970 et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021.
- Avis n° 2017-053 du 14 juin 2017 relatif au projet de 16ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des autoroutes Esterel-Côte d'Azur (ESCOTA) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 29 novembre 1982 et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021.
- Avis n° 2017-054 du 14 juin 2017 relatif au projet de 13ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la Société des Autoroutes du nord et de l'est de la France (SANEF) approuvée par décret du 29 octobre 1990 pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021.
- Avis n°2017-055 du 14 juin 2017 relatif au projet de 11ème avenant à la convention passée entre l'Etat et la société des autoroutes Paris-Normandie (SAPN) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par décret du 3 mai 1995 et au projet de contrat de plan pour la période 2017-2021.

<u>DES JURIDICTIONS FINANCIÈRES</u>

- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DU NORD PAS-DE-CALAIS, Avis n°97-0079, 6 février et 6 mars 1997 sur l'avenant n° 6 au traité de concession conclu le 27 septembre 1985 entre la Communauté urbaine de Lille et la Société des eaux du Nord à Lille pour la distribution de l'eau.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, Avis en séance du 13 Février 2014, *Convention de délégation de service public de l'eau conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille*, Contrôle n°2013-0129, Rapport n°2014-0010, 37 p.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, Avis en séance du 13 Février 2014, *Convention de délégation de service public de l'assainissement zone Ouest conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille*, Contrôle n°2013-0130, Rapport n°2014-0009.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, Avis en séance du 13 Février 2014, *Convention de délégation de service public de l'assainissement zone Ouest conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille*, Contrôle n°2013-0131, Rapport n°2014-0007.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, Avis en séance du 13 Février 2014, *Convention de délégation de service public de l'assainissement zone Ouest conclue le 27 novembre 2013 par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole avec la Société des Eaux de Marseille*, Contrôle n°2013-0132, Rapport n°2014-0008.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES AUVERGNE-RHÔNE-ALPES, Rapport d'observations définitives, Communauté urbaine de Lyon, sur le service d'assainissement, Exercices 2010 à 2012.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE RHÔNE-ALPES, Lettre d'observations définitives du 18 décembre 1997 sur la gestion du service d'assainissement de l'agglomération grenobloise (AQUAPOLE).

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES ILE-DE-FRANCE, Lettre d'observations définitives du 7 sept. 2000 sur la gestion de la production et de la distribution de l'eau potable et non potable à Paris.

DU CONSEIL DE NORMALISATION DES COMPTES PUBLICS

• Avis n° 2014-02 du 17 octobre 2014 relatif à la nouvelle norme 18 sur les contrats concourant à la réalisation d'un service public du Recueil des normes comptables de l'Etat.

Rapports et Communications des juridictions françaises

DES JURIDICTIONS FINANCIÈRES

• COUR DES COMPTES, Rapport public annuel 2001, Février 2001.

• COUR DES COMPTES, *La gestion des services publics d'eau et d'assainissement*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et organismes intéressés, Décembre 2003, 186 p.

• COUR DES COMPTES, *La gestion du domaine skiable en Rhône-Alpes*, Rapport public annuel, Février 2011, p. 515 à 549.

• COUR DES COMPTES, Communication à la Commission d'enquête du Sénat sur le coût réel de l'électricité afin d'en déterminer l'imputation aux différents agents économiques, La

contribution au service public de l'électricité (CSPE) : suites données aux observations de la Cour dans le rapport public annuel 2011, Juin 2012.

- COUR DES COMPTES, *Le tramway d'Artois-Gohelle (Pas-de-Calais) : un projet insuffisamment réfléchi*, Rapport public annuel 2013, Février 2013, p. 421 à 475.
- COUR DES COMPTES, *Les concessions de distribution d'électricité : une organisation à simplifier, des investissements à financer*, Rapport public annuel 2013, Février 2013, p. 105 à 217.
- COUR DES COMPTES, *Renouvellement des concessions hydroélectriques*, Compte de commerce, Exercice 2012, Analyse de l'exécution du budget de l'État par mission et programme, Mai 2013, 24 p.
- COUR DES COMPTES, *Les relations entre l'État et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, Communication à la commission des finances de l'Assemblée Nationale de la Cour des Comptes, Juillet 2013.
- COUR DES COMPTES, *Renouvellement des concessions hydroélectriques*, Compte de commerce, Exercice 2013, Analyse de l'exécution du budget de l'État par mission et programme, Mai 2014, 28 p.
- COUR DES COMPTES, *L'avenir des stations de ski des Pyrénées : un redressement nécessaire, des choix inévitables*, Rapport public annuel, Février 2015, 47 p.
- COUR DES COMPTES, *Les finances publiques locales*, Synthèse du rapport sur la situation financière et la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, Octobre 2015, p. 24.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE BASSE-NORMANDIE, Rapport d'observation définitives relatif à la gestion de VIACITES, Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération caeannaise (SMTCAC), Réf. : ROD2/, 8 avril 2004.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DU NORD-PAS-DE-CALAIS, PICARDIE, Rapport d'observations définitives relatif au Syndicat Mixte des Transports du Douaisis (département du Nord), ROD.0578, du 9 sept. 2013.
- CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES DE BASSE-NORMANDIE ET DE HAUTE-NORMANDIE, Rapport d'observations définitives relatif à la Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe (CREA), volet Transports urbains de voyageurs (Seine-Maritime), Exercices 2008 et suivants, observations délibérées le 6 oct. 2014.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES AUVERGNE-RHÔNE-ALPES, Rapport d'observations définitives Commune d'Annecy, Exercices 2009 à 2014, observations délibérée le 15 octobre 2015.

• CHAMBRE RÉGIONALE DES COMPTES AUVERGNE-RHÔNE-ALPES, Rapport d'observations définitives relatif à la société d'économie mixte LYON PARC AUTO (Métropole de Lyon), Exercices 2008 à 2014, observations délibérées le 20 décembre 2016.

DU CONSEIL D'ÉTAT

• CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité, Rapport public pour 1996*, Paris : La documentation française, coll. « E.D.C.E. », 1997, n°48, not. p. 39 et s.

• CONSEIL D'ÉTAT, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, Section du rapport et des études, 24 oct. 2002, Paris : La documentation française, 2003.

• CONSEIL D'ÉTAT, rapport public, 2002, jurisprudence et avis de 2001, Collectivités publiques et concurrence, études et documents, n° 53.

• CONSEIL D'ÉTAT, étude annuelle 2015, *L'action économique des personnes publiques*, Rapport adopté par l'assemblée générale du Conseil d'État le 23 juillet 2015, Paris : La documentation française, coll. « Les rapports du Conseil d'État, 259 p.

Rapports

AMORCE, *Tarification incitative : conseils et retours d'expériences*, Juillet 2014, www.amorce.asso.fr en libre accès.

APUR, Préfiguration d'un schéma métropolitain des crématoriums franciliens – Premiers éléments, Juin 2015, étude pour le SIFUREP, 52 p.

ARCEP, Investissements d'avenir, Cahier des charges France Très Haut Débit – Réseaux d'iniative publique, version 2015, disponible : http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/dossiers/fibre/Cahier-des-charges-PFTHD-2015.pdf

ARTHUIS (J.), Rapport d'information n°220 (2004-2005), Commission des finances, 2 mars 2005.

BONNET (C.), Rapport fait sur le projet de la loi adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, n°61, 25 novembre 1992.

BRICQ (N.), Rapport fait sur le projet de loi portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier, n°3028, 30 avril 2001.

COMITÉ ECONOMIQUE ET SOCIAL, Avis du 19 octobre 2000, *Renforcement du droit des concessions et des contrats de Partenariats-Publics-Privés (PPP)*, *J.O.C.E.*, C 014 du 16 janvier 2001, p. 91.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *Fiscalité et équipements collectifs : groupe de stratégie industrielle travaux publics. Rapport du Groupe de Travail Fiscalité*, Paris : La documentation française, coll. « Rapports officiels », 1988, 100 p., 11 ann.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Financement durable des transports publics urbains. De la prospective à l'aide à la décision*, *Le point sur*, n°140, Août 2012, libre accès sur le site du Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie.

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Guide des outils d'action économique*, tirée de son étude annuelle de l'année 2015 « *L'action économique des personnes publiques* », disponible : http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Guide-des-outils-d-action-economique.

CORNUT-GENTILLE (F.), *Modernisation de l'État, qualité des services publics et indicateurs*, Rapport du Parlementaire en mission auprès de Monsieur Eric Woerth, ministre du budget, des Comptes Publics, de la Fonction Publique et de la Réforme de l'État, Paris : La documentation française, Mars 2010, 92 p.

CREDOC, *Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents ?*, Cahier de Recherche, n°299, Décembre 2012, 80 p.

DÉLÉGATION INTERMINISTÉRIEL À LA RÉFORME DE L'ÉTAT, Guide « *Le contrôle de gestion dans les administrations de l'État – Éléments de méthodologie* », Délégation interministérielle à la réforme de l'État, 2002, réédition 2003, 301 p.

ÉTAT FRANÇAIS, Rapport sur les compensations de services d'intérêt économique général : mise en oeuvre de la décision de la Commission européenne du 28 novembre 2005, europa.eu.

GERMAIN (J.) et **JARLIER** (P.), Rapport d'information n° 323 (2013-2014) au Sénat, fait au nom de la commission des finances, déposé le 29 janvier 2014.

GRUSON (C.) (dir.), **COHEN** (J.), *Tarification des services publics locaux*, Rapport du ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation – Direction générale des collectivités locales, Paris : La documentation française, coll. « Rapports officiels », Février 1983, 85 p.

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE, *Aspects économiques et comptables des investissements dans les PPP. Lisibilité & Comparabilité,* Juin 2011, 86 p.

LONG (M.) (dir.), **INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE**, *La délégation de service public comme mode de gestion des activités funéraires*, Décembre 1999, 32 p.

KIRAT (T.), **VIDAL** (L.), *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*, Annales de l'Institut André TUNC – Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, 2005, (accessible sur hal.archives-ouvertes.fr).

KIRAT (T.), **VIDAL** (L.), **DELION** (A.), **KELESIDIS** (D.), **MARTY** (F.), **URI** (D.), *De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics*, Manuscrit auteur, publié dans « *Agences de notation, immobilier et, contrats publics. Contributions sur l'attractivité économique du droit* », DU MARAIS (B.) (dir.), Paris : La documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2007, pp. 165 à 252 (accessible sur hal.archives-ouvertes.fr).

LAMBERT (A.), *Rapport général fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances pour 1998*, t. II, Fasc. 1, *Les conditions générales de l'équilibre financier*.

LECERF (J.-R.), *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre SUEUR et plusieurs de ses collègues, visant à instaurer un schéma régional des crématoriums,* n°545, Sénat, Session ordinaire de 2013-2014, 21 mai 2014, 38 p.

DU MARAIS (B.), **COSSALTER** (P.), *La Private Finance Initiative*, Institut de la gestion déléguée, Paris, Mars 2001, 88 p.

MARTY (F.), *La jurisprudence concurrentielle relative aux services publics : Les enseignements de l'analyse lexicale*, Manuscrit auteur, publié dans « *L'action publique et ses dispositifs : Institutions, Economie, Politique* », CHATEL (E.), KIRAT (T.), SALAIS (R.), Paris : Éd. L'Harmattan, 2005, p. 317 à 345 (accessible sur hal.archives-ouvertes.fr).

MINISTERE DE L'INTERIEUR, *Rapport du Conseil national des opérations funéraires 2007-2013*, Direction générale des collectivités locales, Août 2014, 52 p.

NATIONAL ASSEMBLY OF WALES, Member's Research Service, *Severn Crossing tolls*, Juin 2010, 10 p, disponible sur http://www.assembly.wales.

DE SAINT-PULGENT (N.) prés., *Table Ronde : les critères de choix du type de contrat : cas pratiques et retours d'expérience*, *L.P.A.*, 27 août 2010 n°171, p. 18.

SAVARY (G.), **RICHARD** (A.), **COMMISSION DES AFFAIRES EUROPÉENNES**, *La réforme européenne des concessions*, Rapport d'information n°1768, Documents d'information de l'Assemblée Nationale, Mars 2014.

SUEUR (J.-P.), **PORTELLI** (H.), *Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information du Sénat, n°733 (2013-2014), 16 juillet 2014.

Documents de la Direction des Affaires Juridiques (D.A.J.)

- Fiche technique de la Direction aux affaires juridiques sur les marchés de partenariat, disponible http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-partenariat-2016, version du 21 juin 2016

Contrats

CONTRATS PUBLIÉS

- Traité de concession entre la Communauté urbaine de Lyon et la société COFRETH conclue le 20 septembre 1985. Communication de documents administratifs par la Métropole de Lyon.
- Concession quadripartite entre la France, Royaume-Uni, France Manche S.A. et Channel Tunnel Group Ltd., conclue le 14 mars 1986. *Texte prenant en compte les trois avenants n°1 du 9 mai 1988, n°2 du 29 juin 1994 et n°3 du 13 juillet 1999 ainsi que les adaptations « article 7.1 » de l'annexe I « Caractéristiques générales de la Liaison fixe. »*. Disponible sur : http://www.cigtunnelmanche.fr/Textes-fondamentaux.
- Décret n° 2001-923 du 8 octobre 2001 approuvant la convention de concession passée entre l'État et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau et le cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°235 du 10 octobre 2001, p. 15923, texte n°20, NOR : EQUR0100925D.
- Décret n° 2005-334 du 7 avril 2005 approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la société ARCOUR pour la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation de la section Artenay-Courtenay de l'autoroute A 19 et le cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°83 du 9 avril 2005, p. 6426, texte n°40, NOR: EQUR0500103D.
- Décret du 27 octobre 2005 approuvant la convention de concession passée entre l'Etat et la société ADELAC pour la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de la section Saint-Julien-en-Genevois-Villy-le-Pelloux de l'autoroute A 41 et le

cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°252, du 28 oct. 2005, p. 16996, texte n°22, NOR: EQUR0501534D.

- Décret n°0026 du 29 janvier 2016 approuvant le deuxième avenant à la convention de concession passée entre l'Etat et la Compagnie EIFFAGE du viaduc de Millau pour le financement, la conception, la construction, l'exploitation et l'entretien du viaduc de Millau et au cahier des charges annexé à cette convention, *J.O.R.F.*, n°0026, du 31 janvier 2016, texte n°5, NOR : DEVT1525909D
- Convention passée entre l'État et la société APRR pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes, *Texte consolidé au 29 janvier 2016 après le 17ème avenant*, disponible sur http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2016-02-09_APRR_convention_consolidee_apres_17eme_avenant.pdf.

CONTRATS AYANT FAIT L'OBJET D'UNE COMMUNICATION DE DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

- Traité de concession relatif à la construction et à l'exploitation d'une usine d'Incinération et de valorisation des ordures ménagères située à Rillieux-la-Pape de la Communauté urbaine de Lyon (devenue Métropole de Lyon), conclu le 20 septembre 1985 avec la COFRETH (devenue VALORLY).
- Convention pour la conception, construction et exploitation du parc de stationnement Antonin Poncet de la Communauté urbaine de Lyon (devenue Métropole de Lyon), du 23 octobre 1986, conclue avec la société Lyon Parc Auto.
- Convention de délégation de service public du crématorium de Nantes (puis transféré à Nantes Métropole), du 29 mars 1988, conclue avec la société OGF.
- Convention de délégation de service public du parc cimetière du Grand Lyon – Site de Bron-Parilly, du parc cimetière du Grand Lyon site de Rillieux-La-Pape, de la conception, de la construction, de l'entretient et de l'exploitation du crématorium – complexe funéraire de Bron, du 23 décembre 1994, conclue avec la société Compagnie de services et d'environnement devenue Atrium (devenue filiale OGF).
- Convention pour la délégation de service public relatif au complexe funéraire de Poitiers, du 8 mars 1996, conclu avec la société des crématoriums de France.
- Convention pour la délégation de service public concernant la construction et la gestion du crématorium de Mably, du 10 décembre 1998, conclu avec la société SUD-EST SERVICES, devenue OGF.

- Contrat de concession pour la construction, l'équipement et la gestion du crématorium d'Épinal, du 17 février 1999, conclu avec la société OGF.
- Convention de délégation de service public pour la construction et gestion du crématorium de Dax, du 12 juillet 1999, conclue avec la société OGF.
- Contrat de délégation de service public – Contrat de concession de l'espace funéraire d'Aix-en-Provence, du 15 février 2001, conclu avec la société des Crématoriums de France.
- Contrat de délégation de service public pour la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation d'un crématorium à Aubagne, du 17 août 2004, conclue avec la société OGF, et avenant n°4 portant modification des tarifs après travaux de mise aux normes.
- Contrat de délégation de service public – Affermage de la commune de Cuers, pour la gestion et l'exploitation d'un créamtorium et sa chambre funéraire, du 21 décembre 2009, conclu avec la société Maison Comba.
- Contrat de concession de service public pour la construction et l'exploitation d'un crématorium à Bonneville, des 9 et 21 mars 2011, conclu avec la société OGF.
- Contrat de concession de service public du crématorium de La Seyne-sur-mer, du 2 septembre 2011, conclu avec la société Pompes funèbres Lévèque.
- Contrat de délégation de service public pour la construction et l'exploitation d'un crématorium et d'un site cinéraire sur le territoire de la Communauté de communes de Faucigny-Glières, du 21 mars 2013, conclu avec la société OGF.
- Contrat de délégation de service public – Affermage de l'exploitation du créamatorium de la Communauté d'agglomération de Valence AGGLO SUD RHONE ALPES, du 28 mai 2013, conclu avec la société Atrium (devenue filiale OGF).
- Contrat de délégation du service public de production et de distribution d'eau potable de la communauté urbaine de Lyon (devenue Métropole de Lyon), du 3 février 2015, conclu avec la société dédiée Eau du Grand Lyon.
- Contrat de délégation de service public pour l'exploitation d'un crématorium de la communauté urbaine du Grand Dijon (devenue Dijon Métropole), du 30 novembre 2015, conclu avec la société Atrium (devenue filiale OGF).

TABLE DES JURISPRUDENCES

Juridictions françaises

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. constit., 24 oct. 1969, déc. n°69-57 L D.C, relative à la nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique, *Leb.*, p. 32.
- Cons. constit., 27 déc. 1973, déc. n°73-51 D.C., Lois de finances pour 1974 dite « Taxation d'office », *R.D.P.*, 1974, p. 531 et 1099, note PHILIP (L.).
- Cons. constit., 12 juill. 1979, déc. n°79-107 D.C., Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales dite « *Ponts à péage* », *R.D.P.*, 1979, p. 1691, note FAVOREU (L.) ; *A.J.D.A.*, 1979, p. 38, note DE LAUBADÈRE (A.).
- Cons. constit., 25 juill. 1979, déc. n° 79-105 D.C., *Rec. Cons. constit.* , 1979, p. 33 ; *A.J.D.A*., 1979, n° 9, p. 46 ; 1980, p. 191, note LEGRAND (A.) ; *J.C.P.G.,* 1980, II, 19547, note BÉGUIN (J.-C.) ; *R.D.P.,* 1979, p. 1705, note FAVOREU (L.).
- Cons. constit., 26 juin 1986, déc. n°86-207 D.C., Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social dite loi de « *Privatisations* », *Rec. Cons. constit.*, p. 61.
- Cons. constit., 20 janv. 1993, déc. n°92-316 D.C., Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *L.P.A.,* 1993, n° s.n., MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) ; *R.F.D.C*., 1993, n° s.n. FAVOREU (L.), PHILIP (L.), ROUX (A.), RENOUX (T.-S.).
- Cons. constit., 21 juill. 1994, déc. n° 94-346 D.C., loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, *A.J.D.A*., 1994. 786, note GONDOUIN (G.) ; *D.*, 1995.347, obs. PINI (J.) ; *R.D.I.,* 1994. 427, obs. AUBY (J.-B.) et MAUGÜÉ (C.) ; *R.F.D.A*., 1994, p.1106, étude LAVIALLE (C.) ; *R.T.D. civ.,* 1995. 656, obs. ZENATI (F.).
- Cons. constit., 23 juill. 1996, déc. n° 96-380 D.C., loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, *A.J.D.A.,* 1996, p.694, note SCHRAMECK (O.) ; *D.*, 1998, p. 151 , obs. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.) ; R.F.D.A., 1996, p.909, étude CHEVALLIER (J.) ; p. 1124, note LAVIALLE (C.).

- Cons. constit., 14 avr. 2005, déc. n° 2005-513 D.C., loi relative aux aéroports, *A.J.D.A*., 2006, p. 178, étude FATÔME (E.).
- Cons. constit., 30 nov. 2006, déc. n° 2006-543 D.C., *A.J.D.A*. 2007, p. 192, note MARCOU (G.) ; p. 473, note MARCOU (G.) ; *D.,* 2007, p. 1760, note VERPEAUX (M.) ; p. 1166, obs. BERNAUD (V.), GAY (L.) et SEVERINO (C.) ; *R.F.D.A*., 2006 p. 1163, note DE BELLESCIZE (R.) ; 2007 p. 564, note LEVADE (A.) ; G.D.C.C., n° 46.
- Cons. constit., 16 juill. 2009, déc. n° 2009-584 D.C., *A.J.D.A*., 2009, p. 1399 ; *D.*, 2010. 1508, obs. BERNAUD (V.) et GAY (L.) ; *Constitutions,* 2010, p. 131, obs. BIOY (X.).
- Cons. constit., 29 mai 2015, déc. n° 2015-470 QPC, *Dr. adm.*., n°7, Juillet 2015, alerte 70, veille NOGUELLOU (R.).
- Cons. constit., 24 mai 2017, n°2017-631 QPC, *Association pour la gratuité du pont de l'île d'Oléron*, *J.OR.F.* n°0123 du 25 mai 2017, texte n° 65.

TRIBUNAL DES CONFLITS

- T.C., 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, *S.*, 1900, 3, p. 49, note HAURIOU (M.).
- T.C., 22 janv. 1921, req. n°00706, *Société commerciale de l'Ouest africain, Leb*., p. 91 ; *D*., 1921.3.1, concl. MATTER (P.) ; *S*., 1924.3.34, concl. MATTER (P.).
- T.C., 7 nov. 1922, *Sieur Manon c. Ministre de la Marine*, *Leb.*, p. 795 ; *R.D.P.*, 1923, 433.
- T.C., 24 oct. 1942, *Préfet des Bouches-du-Rhône, S*. 1945, 3, p. 10.
- T.C., 24 janv. 1952, *Conservateur des eaux et forêts de la Corse et commune de Frasseto c. Sieur Mariani, Leb.*, p. 613.
- T.C., 28 mars 1955, req. n°01525, *Association syndicale de reconstruction de Toulon c. Effimieff*, *Leb.*, p. 617, *G.A.J.A*. n°70.
- T.C., 15 janv. 1958, *Époux Barbier*, *Leb.*, p. 789, concl. KAHN (J.) ; *A.J.D.A*., 1968, I, p. 225.
- T.C., 10 juin 1963, *Société Lombard et Morello, Leb*., p. 786.
- T.C., 8 juill. 1963, *Entreprise Peyrot*, *Leb.*, p. 787.
- T.C., 28 juin 1965, *Demoiselle Ruban, Leb*., p. 816.
- T.C., 17 janv. 1972, *S.N.C.F. c. Solon et Barrault, Leb*., p. 944 ; *R.D.P*., 1972, p. 465, concl. BRAIBANT (G.).
- T.C., 25 juin 1973, *ONF c/ Béraud, Leb.*, p. 847 ; *A.J.D.A.,* 1974, p. 350.
- T.C., 4 févr. 1974, req. n°01991, *Époux Di Vita*, *Leb.*, p. 789.

- T.C., 21 mars 1983, req. n°02256, *Union des Assurances de Paris et a. c. Secrétaire d'État aux postes et télécommunications*, *Leb.*, p. 597, *A.J.D.A.*, 1983, p. 356, concl. LABETOULLE (D.) ; *D.*, 1984, p. 33, note AUBY (J.-B.) et HUBRECHT (H. G.).
- T.C., 20 janv. 1986, req. n°02413, *Commissaire de la République de la Région Ile-de-France et du département de Paris c. Cour d'appel de Paris ; maire de Paris contre S.A. Roblot et Jean Bouissox, A.J.D.A.*, 1986, p. 267, obs. RICHER (L.).
- T.C., 3 juillet 1995, req. n°02955, *S.C.I. du 138 rue Victor Hugo à Clamart, Leb*., p. 498.
- T.C., 5 juill. 1999, req. n°03142, *Commune de Sauve, R.T.D. com.*, 1999, p. 852, note ORSONI (G.).
- T.C., 5 juillet 1999, req. n°03167, *Union des groupements d'achats publics, R.T.D. com.,* 1999, p. 852, note ORSONI (G.).
- T.C., 23 mars 2005, req. n°C3413, *Mme Alberti-Scott c. Commune de Tournefort*, *Leb*., p. 251.
- T.C., 20 nov. 2006, req. n°3569, *EGTL c. Escota, A.J.D.A*., 2007, p. 849, note CHAID-NOURAÏ (N.) et CHAMPY (J.-L.).
- T.C., 27 nov. 2008, req. n° C3687, *Société Manutention Transports et Agences c. Commune de Saint-Barthelemy*, *Leb.* ; *A.J.D.A.*, 2009, p. 388.
- T.C., 4 mai 2009, req. n°C3714, *Société Jean-Paul Gisserot c. Centre des monuments nationaux, A.J.D.A*., 2009, p. 1490, note ECKERT (G.).
- T.C., 9 juill. 2012, req. n°C3834, *Compagnie des eaux et de l'ozone c. Société Sogéa et société OTV, Leb.*, p. 653 ; *A.J.D.A*., 2012, p. 1433.
- T.C., 13 oct. 2014, req. n°3963, *S.A. AXA France IARD*, *Contrats et Marchés publ.*, n°12, Décembre 2014, comm. 322, ECKERT (G.) ; *D.A.*, Janvier 2015, n°1, comm. BRENET (F.).
- T.C., 9 févr. 2015, n° 3983, *Sté ACE European Group Limited*, *J.C.P.G.*, n°17, 27 Avril 2015, 512, note EVEILLARD (G.) ; *R.D.I.*, avril 2015, n° 4, page 186.
- T.C., 9 févr. 2015, req. n°3992, *Société Autoroutes du Sud de la France c. Garage des Pins*.
- T.C., 9 mars 2015, req. n° 3984, *Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France (ASF)*, *J.C.P.A.*, 2015, act. 310 ; n°22, 1er Juin 2015, p. 2156, comm. SESTIER (J.-F.).
- T.C., 11 avr. 2016, req. n° 4043, *Société Fosmax Lng c. Société TCM FR, Tecnimont et Saipem*, *Leb.*, p. 586 ; *B.J.C.P.*, 2016, p. 298, concl. ESCAUT (N.) ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 750.

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

- *CONSEIL D'ÉTAT*

- C.E., 7 août 1891, *Sieur Morelli, D.*, 1893, 3, 18.
- C.E., 12 janv. 1895, *Compagnie du chemin de fer de Paris à Orléans, Rec.*, p. 32, concl. JAEGERSCHMIDT (H.).
- C.E., 6 avril 1900, *Ville de Nantes, Leb.*, p. 271.
- C.E., 22 juin 1900, *Commune de Maromme*, *Leb.*, p. 415.
- C.E., 29 juin 1900, *Faillite Tissier, Leb.*, p. 445.
- C.E., 29 mars 1901, req. n°94580, *Sieur Casanova, Leb.,* 1901, p. 333 ; *S.* 1901.3.73, note HAURIOU (M.).
- C.E., 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c. Ville d'Angoulême*, *S.* 1904, n°3, p. 81, note HAURIOU (M.).
- C.E., 23 janv. 1903, *Compagnie d'électricité de Cognac c. Ville de Cognac, Leb.*, p. 37
- C.E., 6 févr. 1903, req. n°07496, *Terrier, S.* 1903.3.25, concl. ROMIEU (J.) ; Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, vol.1 : 1831-1940, n°25.
- C.E., 17 juin 1904, *Commission administrative de l'hospice du Saint-Esprit, S.*, 1906, 3, p. 119.
- C.E., 29 déc. 1905, *Bardy, Leb.*, p. 1015, concl. ROMIEU (J.).
- C.E., 2 fév. 1906, *Chambre syndicale des propriétaires de bains de Paris c. Ville de Paris, Leb.*, p. 91.
- C.E., 25 mai 1906, *Ministre du Commerce c. Chemins de fer d'Orléans, S.* 1908, 3.65, note HAURIOU (M.).
- C.E., 31 mai 1907, *Sieur Deplanque, Leb.*, p. 513, concl. ROMIEU (J.) ; *D.*, 1907.3.81, concl. ROMIEU (J.) ; *S.*, 1907.3.113, note HAURIOU (M.) ; *R.D.P.*, 1907, p. 678, note JÈZE (G.) ; p. 684, concl. ROMIEU (J.).
- C.E., 29 janv. 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, *Leb.*, p. 116.
- C.E., 4 mars 1910, req. n°29373, *Thérond*, *Leb.*, p. 193 ; *D.,* 1912, III, p.57, concl. PICHAT (G.), note HAURIOU (M.) ; *R.D.P.*, 1910, p.249, note JÈZE (G.).
- C.E., 11 mars 1910, req. n°16178, *Compagnie générale française des tramways, Leb.,* p. 216, concl. BLUM (L.) ; *R.D.P.*, 1910, p. 270, concl. BLUM (L.), note JÈZE (G.).
- C.E., 3 février 1911, *Commune de Mesle-sur-Sarthe*, *Leb.*, p.136, concl. BLUM (L.) ; *D.*, 1913.3.25.

- C.E., 26 juill. 1912, *Compagnie Orléans, Leb*., p.889.
- C.E., 13 mars 1912, *Quintyn, Leb*., p. 362.
- C.E., 30 mars 1916, req. n°59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Leb.* p.125, concl. CHARDENET (P.), *G.A.J.A.*, p. 179.
- Conseil d'État, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. Ville de Paris*, *S.*1916.3.41 ; *R.D.P.* 1916, p. 374 note HAURIOU (M.).
- C.E., 8 févr. 1918, *Société d'éclairage de Poissy, Leb.*, p. 120.
- C.E., 6 déc. 1918, req. n°48335, *Société de distribution d'énergie électrique du Rhône c. Commune de Jarnioux, Leb.*, 1918.
- C.E., 22 janv. 1919, *Guyot, Leb*., p. 55.
- C.E., 3 déc. 1920, *Fromassol, R.D.P.*, 1921, 81, concl. CORNEILLE (M.).
- C.E., 10 juin 1921, req. n°45681, *Commune de Monségur, Leb*., p. 573, G.A.J.A. n°37.
- C.E., 23 déc. 1921, *Société générale d'armement, Leb.*, p. 1109 ; *R.D.P*., 1922.74, concl. RIVE.
- C.E., 17 déc. 1926, *Monnot, Leb*., p. 1123.
- C.E., 10 nov. 1927, *Sieur Guinard*, *Leb.*, p. 949.
- C.E., 30 mars 1927, *Société de l'énergie industrielle, Leb*., p. 1063.
- C.E., 9 mars 1928, Compagnie des scieries africaines, *R.D.P*., 1928, p. 328.
- C.E., 15 juin 1928, *Commune de la Courtine*, *Leb.*, p. 757.
- C.E., 22 juin 1928, *de Sigalas*, *R.D.P.*, 1928, 525, concl. JOSSE (P.) ; *S.*, 1928, 3, p. 113, note HAURIOU (M.).
- C.E., 11 mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine, Rev. concessions*, 1929, p. 34.
- C.E., 11 oct. 1929, *Compagnie de navigation Sud Atlantique, Leb*., p. 892.
- C.E., Sect., 30 mai 1930, req. n°06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *Leb.*, p. 583.
- C.E., 12 déc. 1930, *Compagnie des tramways Loir-et-Cher, Leb.*, p. 1056.
- C.E., 30 janv. 1931, *Société Brossette*, *Leb.*, p. 123.
- C.E., 22 novembre 1935, *Sieur Chouard*, *Leb.*, p. 1080.
- C.E., Sect., 29 janv. 1932, req. n°99532, *Société des Autobus Antibois, Leb.*, p. 273.
- C.E., Ass., 17 juin 1932, req. n°12045, *Ville de Castelnaudary*, *Leb.*, p. 595, concl. JOSSE (P.).

- C.E., Ass., 9 déc. 1932, req. n°s 89655, 01000, 01001, *Compagnie des tramways de Cherbourg, Leb.,* p. 1050, concl. JOSSE (P.).
- C.E., 23 juin 1933, *Planche, Leb.*, p. 682 ; *S.* 1933.3, p.81.
- C.E., 23 juin 1933, *Lavabre, Leb.* 1933, p. 677 ; *S.*1933-3, p. 86.
- C.E., 10 avr. 1935, *Ville de Toulon, R.D.P..*, 1935, p. 783.
- C.E., 8 nov. 1935, *Compagnie guadeloupéenne, Leb*., p. 1021.
- C.E., Ass., 20 déc. 1935, req. n°39234, *Établissements Vézia, Leb*., p.1212.
- C.E., 23 mai 1936, *Commune du Vésinet c. Société du gaz Franco-Belge*, *Leb.*, p. 591, *Rev. Concessions*, 1936, p. 201.
- C.E., 30 oct. 1936, *Sibille*, *Leb.*, p. 936.
- C.E., 18 déc. 1936, *Sieur Prade*, *D.*, 1938, n°3, p. 70.
- C.E., 17 juillet 1937, *D'Aurelle Montmorin, Leb*., p. 720.
- C.E., Ass., 14 janv. 1938, req. n°51704, *Société Anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Leb.*, p. 25 ; *S.*, 1938.3.25, concl. ROUJOU (F.), note LAROQUE (P.) ; *D.*, 1938, 3, p .41, note ROLLAND (L.) ; *R.D.P.*, 1938, p.87, concl. ROUJOU (F.), note JÈZE (G.) ; *G.A.J.A.*, n°50.
- C.E., Ass., 13 mai 1938, req. n°57302, *Caisse primaire « Aide et Protection » et Fauvel, Leb*., p. 417.
- C.E., 24 déc. 1940, *Société générale française de publicité et d'édition, D*. 1942, p. 111.
- C.E., 16 mai 1941, *Toublanc, Leb*., p. 91 ; *S*., 1942-3, p. 7.
- C.E., 14 juin 1944, *Skouloukos, Leb*., p. 169.
- C.E., 13 déc. 1946, *Compagnie générale des eaux de la banlieue de Paris, Leb.*, p. 307.
- C.E., 30 avr. 1948, *Ville de Nantes, Leb.*, p. 189.
- C.E., 25 juin 1948, *Société Journal L'Aurore, Leb.* 1948, p. 289.
- C.E., 2 mars 1951, *Ville de Poissy, Leb*., p. 774.
- C.E., 9 mars 1951, *Didonna, Leb*., p. 148.
- C.E., 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire, Leb.*, p. 151.
- C.E., sect., 18 déc. 1953, *Sieur Gain, Leb*., p. 571.
- C.E., 31 mars 1954, *Entreprises Macquart et Compagnie, A.J.D.A*., 1955, p. 226.
- C.E. sect., 20 avr. 1956, req. n°33961, *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard, Leb.*, p. 167 et 168 ; *A.J.*, 1956.II, p.187, concl. LONG (M.) et 221, chr. FOURNIER (J.) et BRAIBANT (G.) ; *D.*, 1956, p. 429 ; *R.D.P.*., 1956, p. 1058, note WALINE (M.) ; *R.A*., 1956, p. 496, note LIET-VEAUX (G.).

- C.E., Sect. 11 mai 1956, *Compagnie des transports en commun de la région de Douai, Leb.*, p. 203 ; *A.J.D.A.,* 1956, p. 275, concl. LAURENT (M.).
- C.E., Ass., 11 nov. 1956, req. n°26549, *Union syndicale des industries aéronautiques, Leb.*, p. 434.
- C.E., 20 mars 1957, *Établissements Thermaux d'Ussat-les-Bains, Leb*., p. 182.
- C.E., 27 mars 1957, *Sieur Carsalade, Leb*., p. 216.
- C.E., Ass., 2 mai 1958, req. n^{os} 32401, 32402, 32507, 34562, *Société Distillerie de Magnac-Laval*, *Leb.*, p. 246 ; *D.*, 1958, p. 730, note DE LAUBADÈRE (A.).
- C.E., 5 mai 1958, *Secrétariat d'État aux finances*, *C.J.E.G.*, 1960, p. 71.
- C.E., Ass., 21 nov. 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens, Leb*., p. 572.
- C.E., 17 avril 1959, Giraud, *R.D.P.*, 1960, p. 123, note WALINE (M.).
- C.E., 18 déc. 1959, req. n°22536, *Delansorme et autres, Leb.*, p. 692 ; *D.*, 1960, 371, note LESAGE (M.)
- C.E., Sect., 27 janv. 1961, *Sieur Vannier*, *Leb.*, p. 60.
- C.E., 11 déc. 1963, req. n°55972, *Ville de Colombes, Leb*., p. 612.
- C.E., 28 oct. 1964, *S.E.P.E.C., R.D.P*., 1966, n°29, p.209.
- C.E., 2 févr. 1965, req. n°53903, *Établissements X*., *inédit*.
- C.E., 2 juill. 1965, req. n°53698, 53902, *R.O.*, *Leb.*, p. 379.
- C.E., 25 mars 1966, req. n^{os} 46504 46707, *Ville de Royan, Leb*., p. 237.
- C.E., 13 juill. 1967, req. n°65541, *Société concessionnaire des immeubles de la Pépinière*, *Leb.*, 1967.
- C.E., 10 avril 1970, *Sieurs Beau et Lagarde, Leb*., p. 243.
- C.E., 29 avril 1970, req. n°77935, *Société Unipain, Leb*., p. 280.
- C.E., 19 mars 1971, req. n°79962, *Mergui, Leb*., p. 235.
- C.E., Sect., 26 nov. 1971, req. n°75710, *S.I.M.A.*, *Leb*., p. 723, *R.D.P.*, p. 239, concl. GENTOT (M.) ; *A.J.D.A*., 1971, p. 649.
- C.E., 22 mars 1972, *O.P.H.L.M. de Tours, Dr. adm*., 1972, n°178.
- C.E., Sect., 19 janv. 1973, req. n°82338, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, Leb*., 1973, p. 48 ; *A.J.D.A*., 1973, p. 358, chron. LÉGER (D.) et BOYON (D.) ; *C.J.E.G.,* 1973, p. 239, concl. ROUGEVIN-BAVILLE (M.), note CARRON (A.) ; *J.C.P.G.*, 1974, II, n° 17629, note PELLET (A.) ; *Rev. Adm*., 1973, p. 633, note AMSELEK (P.) ; *Dr. Adm*., n°3, Mars 2009, étude 5, GARRIGUE-VIEUVILLE (M.).

- C.E. 13 mars 1974, req. n°90766, *Sieur Guinet, Dr. fisc*. 1975, n°58, concl. DELMAS-MARSALET (J.).
- C.E., Sect., 10 mai 1974, 10 mai 1974, req. n°88032 88148, *Denoyez et Chorques*, *Leb.*, p. 274.
- C.E., 14 févr. 1975, req. n^{os} 93132 93133, *Époux Merlin c. Société Esterel-Côte d'Azur, Leb*., p. 110.
- C.E., 7 janv. 1976, req. n°92888, *Ville d'Amiens, Leb*., p. 11.
- C.E., 13 oct. 1978, req. n°95863, 00903, 00998, *Département de la Vendée c. Sociétés Dumez et Sacer, Leb*., tables.
- C.E., Sect., 27 octobre 1978, req. n°05722, *Ville de Saint-Malo, Leb*., p. 401.
- C.E., 17 nov. 1978, *Société Établissements Geismann frères, Leb*., p. 447.
- C.E., 1er févr. 1978, req. n°03490, *R.J.F*., 3/78 n°78.
- C.E., 1er févr. 1980, *Office public communal d'habitations à loyer modéré de la ville de Brest c. Société Lorientaise de bâtiments et de travaux publics, Leb*. p. 69.
- C.E., 30 mai 1980, *Société de la piscine de la Dame-Blanche, Leb*., p. 257
- C.E., 31 oct. 1980, req. n°^{s} 10712 10740 10742, *Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire et Ministre des transports c. Société du port de pêche de Lorient, Leb.*, p. 399.
- C.E., 24 juill. 1981, req. n°17972, *M. X., Leb*., *tables*.
- C.E., 7 mai 1982, req. n°20805, *Société Sogeparc-Paris, Leb*., p. 669.
- C.E., 24 févr. 1982, req. n°31581, *Société Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment, Leb.*, p. 87.
- C.E., 5 novembre 1982, req. n°19413, *Société Propétrol, A.J.D.A*., 1983, p. 259, concl. LABETOULLE (D.) ; *J.C.P.*, 1984, II, p.20168, note PAILLET (A.).
- C.E., 2 fév. 1983, req. n°34027, *Union des transports urbains et régionaux, Leb*. p.33 ; *R.F.D.A.*, n°0/1984, p. 45, note LLORENS (F.) ; *R.D.P.*, 1984, p. 212, note AUBY (J.-M.).
- C.E., Sect., 13 mai 1984, *Commissaire de la République de l'Ariège, Leb*., p. 315.
- C.E., 10 mai 1985, req. n°31604, *Société anonyme Boussa Saint-Frères, Leb.*, p. 145.
- C.E., 27 juill. 1984, req. n°44895, *Société OTH Méditerranée*, *R.D.P.*, 1985, p. 247.
- C.E., 7 février 1986, req. n°^{s} 35331 35423 35441, *Association FO Consommateurs et autres*, *Leb.* p. 31.
- C.E., 4 juin 1986, req. n°44988, *Association des propriétaires des terrains pour les loisirs en Oléron c. SIVOM d'Oléron, Leb*., p. 431.

- C.E., 8 juill. 1987, req. n°49158, *S.A. GARDINIER, inédit*.
- C.E., 2 nov. 1987, *Mausier, Leb*., p. 341.
- C.E., 10 févr. 1988, *Mézy, Leb*., p. 52 ; *D.* 1988.
- C.E., 18 mars 1988, req. n°57893, *Commune de Montreuil-Bellay, Leb*., p. 975.
- C.E., 20 juill. 1988, req. n° 48036, *Société industrielle nantaise des techniques appliquées du bâtiment (SINTAB), Leb.*, p. 300.
- C.E., 14 oct. 1988, req. n°68583, *S.A. SOCEA-BALENCY (SOBEA)*, *inédit*.
- C.E., 20 janv. 1989, *C.C.A.S. de la Rochelle*, *A.J.D.A.*, 1989, p. 398, obs. PRETOT (X.).
- C.E., 11 mai 1990, req. n°60247, *Bureau d'aide sociale de Blénod-lès-Pont-à-Mousson*, *A.J.D.A.*, 1990, p. 614, concl. COLLY (F.).
- C.E., sect., 6 juill. 1990, req. n°88224, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais (CODIAC), R.J.F*, 6/90, p. 396, note FOUQUET (O.).
- C.E., 8 juill 1991, req. n°77622, *Commune de l'Ecaille, tables*.
- C.E., 19 févr. 1992, req. n°47265, *S.A. D.T.P.*, *S.C.R.E.G. et Société Campenon Bernard Europe c. Société Escota*, *tables*, p. 1108 ; *D.*, 1992, p. 411, obs. TERNEYRE (P.).
- C.E., 10 janv. 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau, Dr. adm*., 1992, n° 81.
- C.E., sect., 20 nov. 1992, req. n°84223, *Commune de Saint-Victoret c. C.C.I. de Marseille, Leb.*, p. 418.
- C.E., 29 janv. 1993, req. n°62067, *S.A. SOPARK* : JurisData n° 1993-041498.
- C.E., 23 juill. 1993, req. n°138504, *Compagnie générale des eaux, Leb.*, p. 226.
- C.E., 25 fév. 1994, req. n°144641 et 145406, *Société anonyme Sofap-Marignan Immobilier*, *Leb.*, p. 125.
- C.E., 1er avril 1994, req. nos 144152, 144241, *Ville de Menton, Leb*., p. 75.
- C.E., 12 juill. 1995, req. n°147947, *Commune de Maintenon, Leb.*, p. 305.
- C.E., Sect. Int., Avis, 19 déc. 1995, n°358102, relatif au service extérieur des pompes funèbres.
- C.E., 15 avril 1996, req. n°168325, *Préfet des Bouches-du-Rhône c. Commune de Lambesc, R.F.D.A.*, 1996, p. 715, concl. CHANTEPY (C.) et note TERNEYRE (P.) ; *A.J.D.A*., 1996, p. 806, chron. CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.), *C.J.E.G*., 1996, p. 270, note SAVIGNAT (R.).
- C.E., 26 juill. 1996, req. n°130363 et 130450, *Association Narbonne Libertés 89 et Monsieur Roger X*., Rép. min., *J.O.R.F*., du 29 mars 2011, p.3097.

- C.E., 31 juill. 1996, req. n°126594, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, J.C.P.*, 1997, n°22790, concl. DELARUE (J.-M.).
- C.E., 30 sept. 1996, req. n°156176, 156509, *Société Stéphanoise des eaux, Leb*., p. 355.
- C.E., Ass., 30 oct. 1996, req. n°136071, *Mme Wajs et Monnier, Leb.,* p.387.
- C.E., 3 déc. 1996, *OPHLM de la ville de Paris c. Commissaire de la République de la région Île-de-France, Leb.*, p.412.
- C.E., Ass., 28 mars 1997, req. n°179049 179050 179054, *Société Baxter, Leb.*, p. 115.
- C.E., 2 avr. 1997, req. n°124883, *Commune de Montgeron, Leb*., p. 779.
- C.E., 21 avril 1997, req. n°147602, *Ministre du Budget c. Société Sagifa, Dr. adm*., oct. 1997, n°316, p. 15, note LAVIALLE (C.).
- C.E., Sect., 3 nov. 1997, req. n°169473, *Commune de Fougerolles, Leb*., p. 391.
- C.E., Sect., 3 nov. 1997, req. n°169907, *Société Million et Marais, Leb.*, p. 406 ; *A.J.D.A*., 1997, p. 12.
- C.E., 17 déc. 1997, req. n°181611, *Ordre des avocats à la cour de Paris, Leb*., p. 451.
- C.E., Sect., 29 déc. 1997, req. n°157425 et 157500, *Commune de Genevilliers, Commune de Nanterre, Leb.*, p. 499.
- C.E., 28 janv. 1998, req. n°138650, *Société Borg Wagner, C.J.E.G*. 1998, p. 269, chron. MODERNE (F.).
- C.E., 8 avril 1998, req. n°127205, *Association pour la promotion et le rayonnement des Orres, tables*, Rép. min., *J.O.R.F*., du 29 mars 2011, p.3097.
- C.E. 27 avril 1998, req. n°184473 184557, *M. Cornette de Saint-Cyr*, *A.J.D.A.* 1998, p. 831, concl. MAUGÜÉ (C.).
- C.E., 12 mars 1999, req. n° 176694, *S.A. Méribel, Leb*., 1999, p. 61.
- C.E., 26 mars 1999, req. n° 202260, *Société EDA, A.J.D.A*., 1999. 427, concl. STAHL (J.-H.), note BAZEX (M.) ; *D.* 2000. 204, note MARKUS (J.-P.) ; *R.D.I*., 1999. 234, obs. LLORENS (F.).
- C.E., 7 avril 1999, req. n°156008, *Commune de Guilherand-Granges*, *M.T.P.B.*, n°4980, Mai 1999 ; *A.J.D.A.,* 1999, p. 517, concl. BERGEAL (C.).
- C.E., 9 avril 1999, req. n°170999, *Commune de Bandol, Leb.,* p. 129 ; *R.F.D.A*., Mai-Juin 1999, n°15, p. 685 à 686.
- C.E., 30 juin 1999, req. n°198147, *Syndicat Mixte du Traitement des Ordures Ménagères Centre Ouest Seine-et-Marais (SMITOM), A.J.D.A*., 1999, p. 714, concl. BERGEAL (C.).

- C.E., Sect. T.P., Avis, 16 sept. 1999, n°362908, *BJ.C.P.*, 2000, p. 199 ; comm. DAL FARRA (T.), *in* Les grands avis du Conseil d'État, n°42.
- C.E., Avis, 8 juin 2000, req. n°141654, *A.J.D.A.*, 2000, p.758, obs. RICHER (L.)
- C.E., Avis, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, *J.O.R.F.*, n°282, 6 décembre 2000, p. 19380 ; *A.J.D.A.*, 2000, p.987 ; *R.F.D.A.*, 2001, p. 112, concl. BERGEAL (C.).
- C.E., 19 oct. 2001, req. n°21667, *Syndicat intercommunal de Guzet-Neige*, *B.J.C.P.*, 2002, p. 115, concl. PIVETEAU (D.) ; *Dr. adm.*, déc. 2001, comm. 255 ; *C.J.E.G.*, 2002, p. 444, note GAUDEMET (M.).
- C.E., 10 déc. 2001, req. n°218331, *Commune de Queven, R.D.I*, 2002, p. 135, note DONNAT (F.).
- C.E., 5 avril 2002, req. n° 199686, *Société des mines de Sacilor Lormines*, *inédit*.
- C.E., Ass., Avis, 16 mai 2002, req. n° 366305.
- C.E., 27 nov. 2002, req. n° 246764, *SICAE région Péronne et SICAE Roisel, Contrats et marchés publ.*, 2003, comm. n° 33, note DELACOUR (E.).
- C.E., 29 nov. 2002, req. n°219244, *Commune du Barcarès, Dr. adm.*, n°2, Févr. 2003, comm. 36 ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 1016.
- C.E., 6 déc. 2002, req. n°249153, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, *Leb.* ; *A.J.D.A.*, 2003, p. 280, chron. DONNAT (F.), CASAS (D.) ; *R.F.D.A.*, 2003, p. 291, concl. LE CHATELIER (G.) ; p. 302, note PACTEAU (D.).
- C.E., 21 mars 2003, req. n°189191, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (SIPPEREC), Leb.*, p. 144 ; *G.D.D.A.B.*, n°48.
- C.E., 23 mai 2003, req. n°249995, *Communauté de communes Artois-Lys*, *Leb.*, p. 234 ; *R.F.D.A.*, 2004, n°2, p. 299, note. FAURE (B.).
- C.E., 28 mai 2003, req. n°248429, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris, B.J.C.P.*, 2003, p. 388, concl. PIVETEAU (D.).
- C.E., 30 juill. 2003, req. n°223445, *Commune de Lens, Tables ; A.J.D.A.*, 2003, n° 323, 29 septembre, *A.J.*, p. 1727.
- C.E., 3 nov. 2003, req. n°238008, *Union des groupements d'achats publics*, *R.F.D.A.*, 2004, p. 185.
- C.E., 24 nov. 2003, *Société Le Cadoret*, *Leb.*, p. 945 ; *B.J.C.P.*, 2004, n° 33, concl. GLASER (E.).

- C.E., 17 mars 2004, req. n°243141, *Ville d'Aix-en-Provence, Contrats et Machés publ*., 2004, n°150, comm. ECKERT (G.).
- C.E., 29 déc. 2004, req. n°239681, *Société S.O.C.C.R.A.M.*, *A.J.D.A.*, 2005, p. 607 ; *Dr. adm.*, 2005, n° 35.
- C.E., Sect. Travaux publics, Avis, 19 avril 2005, req. n°371234, *Conditions de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n°85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montage, A.J.D.A*., 10 juillet 2006, études SYMCHOWICZ (N.) et PROOT (P.) ; *Contrats et Marchés publ.,* n°12, Décembre 2006, HOEPFFNER (H.) ; *B.J.C.P*., 2006, n°45, p. 107 ; LOGEAT (C.).
- C.E., 8 juin 2005, req. n°256200, *Tomaselli et Commune de Ramatuelle, A.J.D.A*., 2005, p. 1686, note DREYFUS (J.-D.) ; *B.J.D.C.P*., 2005, p. 381, concl. BOULOUIS (N.).
- C.E., Ass., 4 nov. 2005, *Société Jean-Claude Decaux, A.J.D.A*, 2006, p.120 ; *R.F.D.A*., 2006, p. 1083, concl. CASAS (D.).
- C.E., Sect., 18 nov. 2005, req. n°271898, *Société fermière du Campoloro*, *Leb.*, p.515 ; G.D.D.A.B., n°88, obs. YOLKA (P.) ; *A.J.D.A*., 2006, p. 137, chron. LANDAIS (C.) et LENICA (F.) ; *A.J.D.A*, 2007, p. 1218, étude CASSIA (P.) ; *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 20, note PIETRI (J.-P.) ; *Dr. adm*., 2006, comm. 33, note GUETTIER (F.).
- C.E., Ass., 24 mars 2006, req. n°288460, *Société KPMG et a., A.J.D.A*., 2006, p. 684.
- C.E., Ass., 31 mai 2006, req. n°275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Leb.*, concl. CASAS (D.), *R.F.D.A.*, 2006, p. 1048.
- C.E., 28 juin 2006, req. n°288459, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, *A.J.D.A.,* 2006, p. 1781, note RICHER (L.).
- C.E., Sect., 27 sept. 2006, req. n°290716, *Bayrou et a., Leb*., p. 404.
- C.E., 20 oct. 2006, req. n° 289234, *Commune d'Andeville, Leb.*, p. 494 ; *Contrats et Marchés publ*., 2006, comm. 23, note PIETRI (J.-P.) ; *J.C.P.A*., 2006, n°50, note LINDITCH (F.); *J.C.P.G.,* 2006, chron. PLESSIX (B.), obs. n° 7 ; *A.J.D.A.,* 2006, p. 2340, concl. CASAS (D.) ; *R.F.D.A*., 2006, p. 1272.
- C.E., 8 févr. 2007, req. n°279522, *Gardedieu, Leb*., 2007 ; *A.J.D.A,* 2007, p. 585, chron. LENICA (F.), BOUCHER (J.), 1097, trib. CASSIA (P.) ; *D.*, 2007, p. 659 et 1214, chron. CLAMOUR (G.) ; *R.F.D.A*., 2007, p. 361, concl. DEREPAS (L.), p. 525, note POUYAUD (D.), p. 789, note CANEDO-PARIS (M.).
- C.E., 22 févr. 2007, req. n°264451, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), J.C.P.A*., 2007, n°23, 2145, note GIUGLIEMI et KOUBI.

- C.E., Sect., 6 avril 2007, req. n°284736, *Commune d'Aix-en-Provence*, *A.J.D.A.*, 2007, p. 1020, chron. ; *R.F.D.A.*, 2007, p. 812, concl. SENERS (F.).
- C.E., 10 oct. 2007, req. n°255213, *Société SPS Tarbes, A.J.D.A.*, 2007, p. 1959.
- C.E., 14 janv. 2008, req. n°297541, *Société SOGEPARC, R.J.E.P.*, n°655, Juillet 2008, étude 6, COLLET (M.).
- C.E., 3 oct. 2008, n°s 291919 et 291978, *Société Établissements Paul Mathis, Contrats et Marchés publ.*, n°11, Novembre 2008, comm. 255, ECKERT (G.).
- C.E., 7 nov. 2008, req. n°291794, *Département de la Vendée, B.J.C.P.*, févr. 2009, n°62, p. 55 ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 1454, note RICHER (L.).
- C.E., 11 déc. 2008, req. n° 309427, *Ministre des finances c. SA hôtelière La chaîne Lucien Barrière*, *Dr. fisc*. 2009, n° 17, comm. 290, concl. OLLÉON (L.).
- C.E., 15 déc. 2008, req. n°312350, *Communauté intercommunale des villes solidaires, A.J.D.A.*, 2008, p. 2421 ; *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 58.
- C.E., 29 déc. 2008, req. n°296930, *Office public d'habitation à loyers modérés de Puteaux, Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 40, ECKERT (G.) ; *R.J.E.P.*, n° 662, Mars 2009, comm. 14, concl. DACOSTA (B.).
- C.E., 4 févr. 2009, req. n°312411*, Communauté urbaine d'Arras*, JurisData : 2009-074881.
- C.E., 4 mars 2009, req. n° 298981, *Syndicat mixte du pôle européen de la plasturgie (SMPEP) ; Contrats et Marchés publ.,* 2009, comm. 166.
- C.E., Ass., 8 avr. 2009, req. n°^{os} 271737, 271782, *Compagnie générale des eaux c. Commune d'Olivet*, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1090, chron. LIEBER (S.-J.) et BOTTEGHI (D.) ; p. 1747, comm. NICINSKI (S.) ; *R.F.D.A.*, 2009. 449, concl. GEFFRAY (E.).
- C.E., 5 juin 2009, req. n°298641, *société Avenance-enseignement et santé*, *Leb.*, *tables* p. 826 ; *R.J.E.P.*, janvier 2010, p. 22, note MOREAU (D.).
- C.E., 31 juill. 2009, req. n°296964, *Ville de Grenoble et Société Gaz Électricité de Grenoble (GEG), R.J.E.P.*, 2010, n°673, comm. 13, p. 22, concl. BOULOUIS (N.).
- C.E., 31 juill. 2009, req. n° 316534, *Société Jonathan Loisirs* : JurisData n° 2009-006579.
- C.E., 11 août 2009, req. n° 303517, *Société Maison Comba, Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 364, note ECKERT (G.) ; *D.A.*, 2009, comm. 147, note IDOUX (P.), CAFARELLI (F.) ; *J.C.P.A.*, 2009, 2261, note VILA (J.-B.) ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 954.
- C.E., 7 oct. 2009, req. n°309499, *A.J.D.A.,* 2009, p. 2480, note DREYFUS (J.-D.).
- C.E., 23 déc. 2009, req. n°305478, *Société des Pompes funèbres OGF*, *Contrats et Marchés publ.*, n°115, Novembre 2011, p. 46.

- C.E., Ass., 28 déc. 2009, req. n°304802, *Commune de Béziers*, *B.J.C.P.*, avril 2010, p. 138, concl. GLASER (E.) ; *A.J.D.A.*, 2010, p. 4 et 142.
- C.E., 8 févr. 2010, req. n°323158, *Commune de Chartres, A.J.D.A*., 2010, p. 240 ; *J.C.P.A*., 2010, n° 2146, note VILA (J.-B.) ; *B.J.C.P.*, 2010, n° 70, p. 208, concl. DACOSTA (B.), *Contrats et Marchés publ*., 2010, n° 147, note ECKERT (G.).
- C.E., 3 mars 2010, req. n°306911, *Département de la Corrèze*, *Leb.*, p. 652 ; *R.J.E.P.*, 2010, n°678, p. 30, note PELISSIER (G.) ; *J.C.P.G.*, 2010, n°28, p. 1476, chron. PLESSIX (B.) ; *R.L.C.*, 2010, n°24, p. 30, note CLAMOUR (G.) ; *A.J.D.A.*, 2010, n°22, p. 1251, étude NICINSKI (S.), GLASER (E.), JEANNENEY (P.-A.) ; n°17, p. 957, concl. BOULOUIS (N.) ; *J.C.P.A.*, 2010, n°25, p. 33, note IDOUX (P.) ; *R.L.C.T.*, 2010, n°58, p. 34, note GLATT (J.-M.) ; *Contrats et Marchés publ.*, 2010, n°4, p. 23, note ECKERT (G.).
- C.E., Sect. T.P., 16 mars 2010, req. n°383668, *Concessions - Modification de la consistance d'une concession - Article 61 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 - Dérogations aux règles de publicité et de mise en concurrence*, *D. A.*, oct. 2011, n°10, comm. PROOT (P.).
- C.E., 5 juill. 2010, req. n° 308564, *Syndicat national des agences de voyages, A.J.D.A*., 2011, p. 18.
- C.E., 24 nov. 2010, req. n°323982, *Association Lehugeur-Lelièvre* : JurisData : 2010-022271.
- C.E., Sect., 3 décembre 2010, req. n°s 338272 et 338527, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, *A.J.D.A.*, 2011, p. 21, obs. GLASER (E.) ; *B.J.C.P.*, 2011, p. 36, concl. ESCAUT (N.) ; *D.A.*, 2011, comm. 17, obs. BRENET (F.) et MELLERAY (F.) ; *Contrats et Marchés publ*., 2011, comm. 25, obs. ECKERT (G.).
- C.E., 23 déc. 2010, req. n°307856, *Commune de Saint-Jorioz, Leb.*, p. 527.
- C.E., Sect., 21 mars 2011, req. n°304806, *Commune de Béziers dit « Béziers II », A.J.D.A*, 2011, p. 670, chron. LALLET (A.) ; *R.F.D.A*., 2011, p. 507, concl. CORTOT-BOUCHER (E.) ; p. 518, note POUYAUD (D.) ; *R.J.E.P*., 2011, comm. 44, COSSALTER (P.) ; *Dr. adm*., 2011, comm. 46, BRENET (F.), MELLERAY (F.) ; *Contrats et Marchés publ*., 2011, comm. 150, PIETRI (J.-P.).
- C.E., 4 mai 2011, req. n° 334280, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès et Bagnols et Le Vigan, A.J.D.A*, 2011, p. 929 ; *Contrats et Marchés publ*., 2011, comm. 216.
- C.E., 23 mai 2011, req. n°328525, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense (EPAD), J.C.P.A.,* 2011, act. 406.

- C.E., 28 sept. 2011, req. n°337692, *Communauté de communes du Canton de Sègre, inédit*.
- C.E., 3 févr. 2012, req. n° 353737, *Commune de Veyrier-du-Lac et Communauté d'agglomération d'Annecy, Dr. adm*., n° 4, Avril 2012, comm. 33, BRENET (F.).
- C.E., 7 mars 2012, req. n°331970, *Commune de Saint-Cyprien, J.C.P.A*., n°28, 16 juillet 2012, 2255, comm. ROUGE (S.).
- C.E., 19 mars 2012, req. n°341562, *S.A. Groupe Partouche, Contrats et Marchés publ.*, n°2, Février 2013, étude 2., note VILA (J.-B.).
- C.E., 16 mai 2012, req. n°342896, M. *Verrier, A.J.D.A*., 2012, p. 1033.
- C.E., 23 mai 2012, req. n°348909, *RATP, J.C.P.E*, n°23, 7 Juin 2012, act. 363 ; *A.J.D.A*., 2012, p.1037.
- C.E., 20 juin 2012, req. n°341410, *Commune de la Ciotat et Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, A.J.D.A.*, 2012, p. 1807, note COLLET (M.).
- C.E., 22 juin 2012, req. n° 348676, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier, B.J.C.P.*, 2012, p. 333.
- C.E., 4 juill. 2012, req. n^{os} 352417, 352449, 352418, 352450, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, J.C.P.A*., 2012, act. 486.
- C.E., 13 juill. 2012, req. n^{os} 347073, 347170, 350925, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres, Les verts des pays-de-la-Loire et a., Association ACIPA et a., Leb*., p. 277, *A.J.D.A*., 2012, p. 1717, étude LOMBARD (M.), NICINSKI (S.), GLASER (E.) ; *R.D.I.*, 2012, p. 562, obs. BRACONNIER (S.) ; *A.J.C.T.*, 2012, p. 567, obs. DESINGLY (A.) ; *B.J.C.P*., 2012, n° 84, p. 363, concl. DACOSTA (B.) et obs. SCHWARTZ (R.).
- C.E., 26 sept. 2012, req. n°359389, *GIE « Groupement des poursuites extérieures, Tables*.
- C.E., 22 oct. 2012, req. n°332641, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, *A.J.D.A*, 2013, p. 126, comm. LAFAILLE (F.).
- C.E., 28 nov. 2012, req. n^{os} 330548, 332639 et 332643, *Société Powéo Direct Énergie et Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC), Tables* ; *A.J.D.A.*, 2012, p. 2298 ; *J.C.P.A.*, n°50, 17 Décembre 2012, act. 880.
- C.E., 7 déc. 2012, req. n° 351752, *Commune de Castres*, *A.J.D.A.*, 2013, p. 608 ; *A.J.C.T.*, 2013, p. 248, obs. MARCHAND (J.).
- C.E., 19 déc. 2012, req. n° 350341, *Société AB Trans*, *Dr. adm.*, n°6, Juin 2013, comm. 42.

- C.E., Ass., 21 déc. 2012, req. n°342788, *ERDF c. Commune de Douai, Contrats et Marchés publ.*, n°7, Juillet 2013, étude n°7.
- C.E., 4 févr. 2013, req. n°357016, *Voies navigables de France*, *inédit.*
- C.E., 27 févr. 2013, req. n° 337634, *Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État c. C.C.I. de Béthune*, *J.C.P.A.*, 2013, act. 223 ; n°4, 27 Janvier 2014, 2021, comm. VILA (J.-B.) ; *Contrats-Marchés publ.*, 2013, comm. 146, note ECKERT (G.) ; *Dr. fisc.,* 2013, comm. 246, COLLET (M.).
- C.E., 19 avr. 2013, req. n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente C. Société Ryanair Ltd*, *A.J.D.A.*, 2013, p. 1275, chron. DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.) ; *Dr. adm.*, 2013, comm. 49, BRENET (F.) ; *J.C.P.A.*, 2013, p. 2245, note MUSCAT (H.) ; p. 2330, note BLANCHON (C.) ; *R.D.I.*, 2013, p. 362, obs. BRACONNIER (S.).
- C.E., 7 mai 2013, req. n°365043, *Société auxilaire des parcs de la région parisienne (SAPP), A.J.C.T.*, 2013, p. 462, note BUREL (A.).
- C.E., 16 déc. 2013, req. n°369304, *Société des autoroutes Esterel, Côte d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA), Contrats et Marchés publ*., n°2, Février 2014, comm. 63, ECKERT (G.).
- C.E., 10 févr. 2014, req. n°361280, *Mme B.A. c. Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1221, comm. FOULQUIER (N.).
- C.E., Ass., 4 avr. 2014, req. n°358994, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Leb.*, p. 70 ; *B.J.C.P.*, 2014, p. 204, concl. DACOSTA (B.) ; *A.J.D.*A, 2014, p. 1035, chron. BRETONNEAU-LESSI (A.) ; *R.J.E.P.*, juillet, 2014, n°31, note LAFAIX (J.-F.) ; *D.A.*, juin 2014, n°36, note BRENET (F.).
- C.E., 4 juin 2014, req. n°368254, *Société Opilo et Paris Plage, A.J.D.A*., 2014, p. 1184
- C.E., 8 oct. 2014, req. n°370644, *Société Grenke Location*, *A.J.D.A.*, 2014, p. 1975 ; *R.F.D.A.*, 2015, p. 47, note PROS-PHALIPPON (C.) ; *D.*, 2015, p. 145, note PUGEAULT (S.) ; *A.J.C.T.*, 2015, p. 38, obs. DIDRICHE (O.) ; *A.J.C.A.*, 2014, p. 327, obs. DREYFUS (J.-D.)
- C.E., 30 déc. 2014, req. n°355563, *Société Armor SNC, CSP-DSP*, n°21, Février 2016, p. 19, chron. RAYMUNDIE (O.).
- C.E., 13 févr. 2015, req. n°373645, *Communauté d'agglomération d'Épinal c. Société Numéricable* ; *A.J.D.A.*, 2015, p. 671, note NICINSKI (S.).
- C.E., 6 mars 2015, req. n°377944, *Société Alliance, inédit.*
- C.E., 15 avr. 2015, req. n°369652, *Société AB Science, Dr. Fisc.,* 2015, n°26, comm. 430 ; *J.C.P.E.,* n°28, 9 Juillet 2015, 1352, comm. BOUCHET (D.).

- C.E., 4 mai 2015, req. n°383208, *Société Domaine Porte des neiges, CSP-DSP.*, n°21, Février 2016, p. 12, note DABRETEAU (J.) ; *A.J.C.T.*, 2015, p. 488, note GRIMAUD (P.).
- C.E., 1er juill. 2015, req. n°384209, *Office public de l'habitat de Loire-Atlantique, B.J.C.P.*, n°103, Novembre-Décembre 2015, p. 463, concl. DACOSTA (B.).
- C.E., 14 octobre 2015, req. n° 375577, *Commune de Châtillon-sur-Seine*, *Leb.*, p. 345.
- C.E., 10 févr. 2016, req. n° 387769, *Société Signacité, Contrats et Marchés publ.*, n°4, Avril 2016, comm. 98.
- C.E., 26 févr. 2016, req. n°384424, *syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense c. société de climatisation interurbaine de la Défense*, inédit ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 1645, note JANICOT (L.), LAFAIX (J.-F.).
- C.E., 11 mai 2016, req. n°s 383768 et 383769, *M. Rouveyre c. Commune de Bordeaux et société Stade de Bordeaux Atlantique*, *A.J.D.A.*, 2016, p. 924 ; *D.A.*, n°7, Juillet 2016, comm. 46, BRENET (F.) ; *J.C.P.A.*, 2016, act. 407 ; n°22, 6 Juin 2016, p. 2143, comm. COLMANT (S.), TESSIER (E.).
- C.E., 11 mai 2016, req. n°390118, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, *Leb.*, p. 162.
- C.E., référé, 19 avr. 2016, req. n°398090, *Société Air Corsica et a., inédit*.
- C.E., 21 sept. 2016, req. n°399656, *Communauté urbaine du Grand Dijon, B.J.C.P.,* n°109, Novembre-Décembre 2016, p. 444 à 451, concl. PELISSIER (G.), obs. SESTIER (J.-F.).
- C.E., 9 nov. 2016, Ass., req. n°388806, *Société Fosmax LNG*, *Leb.*, p. 466, concl. PELISSIER (G.).
- C.E., 9 déc. 2016, req. n°396352, *Commune de Fontvielle*, *J.C.P.A.*, n°8, 27 Février 2017, p. 2062, concl. PELISSIER (G.), note SESTIER (J.-F.).
- C.E., 23 déc. 2016, req. n°397096, *M. G. et autres*, *inédit*.
- C.E., 23 déc. 2016, req. n°399081, *Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes c. Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières*, *Tables* ; *A.J.C.T.*, 2017, p. 230.
- C.E., 13 janv. 2017, req. n°382427, *Société internationale de diffusion et d'édition*, *inédit*.
- C.E., 8 févr. 2017, req. n°387620, *Société Groupe Lucien Barrière*, *inédit*.
- C.E., 14 févr. 2017, req. n°405157, *Société Sea Invest Bordeaux c. Grand Port Maritime de Bordeaux et société de manutention portuaire d'aquitaine*, *Leb.* ; *D.A.*, 21 févr. 2017, note GENTY (L.) ; *A.J.D.A.*, 2017, p. 326 ; *A.J.C.T.*, 2017, p. 282, obs. GRIMAUD (P.), VILLEMAGNE (O.) ; *A.J. Contrat*, 2017, p. 184, obs. DREYFUS (J.-D.) ; *R.T.D. com.*, 2017, p. 295, note LOMBARD (F.).

- C.E., 3 mars 2017, req. n°392446, *Société Leasecome*, *A.J.D.A.*, 2017, p. 494 ; *R.T.D. com.*, 2017, p. 297, note LOMBARD (F.).
- C.E., 30 juin 2017, req. n°398445, *Sociétés France-Manche et The Channel Tunnel Group c. syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche (SMPAT)*, *Dalloz actu.*, 5 Juillet 2017, note DE MONTECLER (M.-C.).

o *COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL*

- C.A.A. Lyon, 24 oct. 2000, req. n°96LY01868 et 96LY01900, *Société Service Aérien Français et Commune de Val-d'Isère*, JurisData : 2000-147167.
- C.A.A. Marseille, 5 mars 2001, req. n°99MA01751, *Préfet du Var c. Département du Var*, *Tables*, p. 1040 ; *A.J.D.A.*, 2001, p. 968. *B.J.C.P.*, n°20, 2002, p. 48.
- C.A.A. Paris, 3 juill. 2001, req. n°99PA03841 99PA03892 99PA03893, *Société S.O.C.C.R.A.M.*, *inédit.*
- C.A.A. Lyon, 19 avril 2001, req. n°97LY00522, *Société Citécable Rhône-Alpes*, *inédit.*
- C.A.A. Nantes, 28 juin 2002, req. n°00NT00562, *Société Vedettes inter-îles vendéennes, A.J.D.A*., 2002, p. 908.
- C.A.A. Paris, 10 juill. 2003, req. n° 01PA2303, 01PA2304, *Société Sogères c. Commune de Yerres, Contrats et Marchés publ.*, Déc. 2013, n°12.
- C.A.A. Marseille, 13 avril 2004, req. n°00MA00393, *Ville de Marseille, Contrats et Marchés publ*., n°7, Juillet 2004, comm. 148, ECKERT (G.)
- C.A.A. Paris, 31 janv. 2006, n° 02PA00364, *Société Établissements Paul Mathis, Contrats et Marchés publ.,* 2006, comm. 105, note ECKERT (G.).
- C.A.A. Versailles, 7 mars 2006, req. n° 04VE01381, *Commune de Draveil*, *Leb.* p. 591 ; *A.J.D.A.*, 2006, p. 1044, concl. BRESSE (P.) ; *Contrats et marchés publ.*, 2006, comm. 136, note DELACOUR (E.) ; *Dr. adm.*, 2006, comm. 74, note ALONSO GARCIA (A.) et MAILLARD (A.).
- C.A.A. Douai, 16 nov. 2006, req. n°05DA00233, *Syndicat mixte d'exploitation des transports en commun de la communaute urbaine de lille, inédit.*
- C.A.A. Paris, 17 avril 2007, req. n°06PA02278, *Société Kéolis c. Département de Paris*, *Contrats et Marchés publ*., Juin 2007, n°6, comm. 194, ZIMMER (W.).
- C.A.A. Lyon, 12 juillet 2007, req. n°06LY02107, *Ville de Lyon c. SASP Olympique Lyonnais, A.J.D.A*., 10 décembre 2007, p.2312-2313.

- C.A.A. Nancy, 20 déc. 2007, req. n° 05NC00897, *Société Vivendi c. commune de Saint-Dizier, Contrats et marchés publ.*, n°4, Avril 2008, comm. 77.
- C.A.A. Paris, 16 déc. 2008, req. n°07PA00954, *Commune de Boulogne-Billancourt, Contrats et Marchés publ.,* n°3, Mars 2009, comm. 97, DELACOUR (E.).
- C.A.A Bordeaux, 1er sept. 2009, req. n° 08BX00188, *Société Laho Centre*, *J.C.P.A.*, n°26, 28 juin 2010, p. 2209, note VILA (J.-B.) ; *B.F. Lefevbre* 3/2009, inf. p. 190 ; *R.J.E.P.,* 2009, n° 663, note COLLET (M.).
- C.A.A. Marseille, 17 janv. 2011, req. n°08MA00362, *Ville de Cannes c. Société Eurest et Compass group, J.C.P.A.*, n°37, 12 Septembre 2011, p. 2294, comm. VILA (J.-B.).
- C.A.A. Lyon, 3 mars 2011, req. n°10LY00536, *Société Veolia Propreté*.
- C.A.A. Bordeaux, 3 mai 2011, req. n°10BX01996, *Société Gagne, Contrats et Marchés publ.*, n°7, Juillet 2011, comm. 207, note LLORENS (F.) ; n°2, Février 2012, comm. 44, note VILA (J.-B.).
- C.A.A. Marseille, 30 juin 2011, req. n°08MA03538, *Société Axa Assurances, inédit*.
- C.A.A. Lyon, 16 févr. 2012, req. n°10LY02315, *Société Télépente des Gets, Contrats et Marchés publ.,* n°4, Avril 2012, comm. 118.
- C.A.A. Nancy, 17 janv. 2013, req. n° 11NC00809, *Compagnie générale des eaux et Société Vivendi, Contrats et Marchés publ*., n°3, Mars 2013, comm. 83, ECKERT (G.) ; *A.J.D.A.*, 2013, p. 1499, note. WIERNASZ (M.).
- C.A.A. Lyon, 28 févr. 2013, req. n°12LY00820, *Communauté d'agglomération Grenoble Alpes Métropole, J.C.P.A.*, n°23, 3 Juin 2013, p. 2165, concl. VINET (C.).
- C.A.A. Nancy, 8 avr. 2013, req. n° 12NC00503, *Société Constructions Métalliques Savoyardes*, *Contrats et Marchés publ*., n° 6, Juin 2013, comm. 165.
- C.A.A. Nancy, 10 juin 2013, req. n° 12NC00341, *Société de construction et de gestion immobilière*, *Contrats et Marchés publ*., n°8-9, Aout 2013, comm. 230.
- C.A.A. Lyon, 3 oct. 2013, req. n°12LY01897, *Communauté urbaine de Lyon et Société Valorly*.
- C.A.A. Nancy, 13 févr. 2014, req. n°13NC00578, *Société Véolia Eau, Contrats et Marchés publ.*, 2014, comm. 118, note PIETRI (J.-P.).
- C.A.A. Lyon, 22 mai 2014, req. n°13LY20198, *Commune de Méjannes-le-Clap, Espace Gard découverte*, *inédit.*
- C.A.A. Lyon, 12 juin 2014, req. n°13LY01340, *Société Semerap, C.S.P.-D.S.P*, n°16, Octobre 2014, p. 10.

- C.A.A. Bordeaux, 17 juin 2014, req. n°13BX00564, *M. Rouveyre*, *A.J.D.A*., 2014, p. 1662, concl. KANTZ (D.).
- C.A.A. Paris, 20 avr. 2015, req. n°13PA04641, *Société Orange France, inédit.*
- C.A.A. Douai, 28 janv. 2016, req. n°13DA01570, *S.A. France-Manche et The Channel Tunnel Group LTD, inédit*.
- C.A.A. Paris, 14 juin 2016, req. n°14PA02611, *Société MJA et société CELF, inédit.*
- C.A.A. Lyon, 23 juin 2016, req. n°15LY03127, *Commune de Valence c. Société Omnitherm, inédit.*
- C.A.A. Nantes, 12 juill. 2016, req. n° 14NT03075, *OPH Le Mans Habitat, Contrats et Marchés publ.*, n° 10, Octobre 2016, comm. 240.
- C.A.A. Paris, 29 juill. 2016, req. n°15PA02427, *Ville de Paris c. Sociétés Clichy dépannage et CRC, A.J.D.A*., 2016, p. 2281, concl. ROUSSET (O.).
- C.A.A Bordeaux, 16 févr. 2017, req. n° 14BX00416, *Société ETPO et société Compagnie martiniquaise de bâtiment (COMABAT) c. CHU de Martinique*, *inédit*.
- C.A.A. Bordeaux, 16 février 2017, req. n°15BX00263, *Société Hélène et Fils c. Collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon*, *inédit.*

  - *TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS*

- T.A. Paris, 3 mars 1981, *SNCF, Leb.,* p.519.
- T.A. Montpellier, 4 juin 1997, *Clavijo c. Commune de Béziers*, JurisData : 1997-036043.
- T.A., Grenoble, 11 févr. 2000, req. n°97-3429, *S.A. Groupe Partouche, B.J.C.P*., 2000, p. 335.
- T.A. Paris, 27 juin 2000, *Centre cardiologique du Nord, B.J.D.C.P*., 2001, n°14, p. 43-47, concl. CELERIER (T.), obs. SCHWARTZ (R.) ; *L.P.A.,* 26 janv. 2001, p. 9, note FRAISSEIX (P.).
- T.A. Nantes, 6 nov. 2001, req. n°993636, *Mme Françoise Marchand*, *B.J.C.P.*, 2002, p. 160.
- T.A. Nice, 23 sept. 2005, *Société Eurest c. Ville de Cannes., Contrats et Marchés publ.* n°12, Décembre 2005, comm. 309.
- T.A. Nice, 9 nov. 2007, req. n° 0305563, *S.A. du Parking de la Promenade du Papillon c. Ville de Nice, A.J.D.A.*, 2008, p. 758.
- T.A. Melun, 13 oct. 2009, req. n°0605819/2, *Commune d'Orly c. Consorts Auguste, A.J.D.A*., 2010, p. 331.

- T.A. Bordeaux, 19 déc. 2012, req. n° 1105079, *M. Rouveyre,* A.*J.D.A.*, 2013, p. 529, note BRACONNIER (S.).
- T.A. Lille, 20 févr. 2013, req. n°s 1005463 et s., *Société Lyonnaise des eaux France, Société des eaux du Nord, Préfet du Nord, A.J.D.A*., 2013, p. 1115, concl. FRACKOWIAK (C.) ; *D.A*., Mai 2013, n°5, comm. BRENET (F.).
- T.A. Paris, 28 févr. 2013, req. n°1200787/7, *Association du quartier du Parc des Princes pour la sauvegarde de ses caractéristiques et association Boulogne patrimoine*, *inédit*.
- T.A. Châlons-en-Champagne, 31 mars 2015, req. n°1301122, *M. Triche et a., inédit.*

JURIDICTIONS CIVILES

- *COUR DE CASSATION*

- C. cass., 5 nov. 1867, *Clertan*, S., 1867.1, p. 417.
- C. cass., ch. civ., 6 mars 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélissane dit « Canal de Craponne », D.*, 76. 1, p. 193, note GIBOULOT.
- C. cass. civ. 2ème, 16 déc. 1965, *Commune Azay-le-Rideau, Bull. civ.,* 1965, II, n° 1038.
- C. cass., civ. 1ère, 21 déc. 1987, n°86-14167, *Bureau de recherches géologiques et minières (B.R.G.M.), Bull. civ.,* 1987 I, n°348, p. 249 ; *J.C.P.G.,* 17 Nov. 1987, n°46, p. 301, note NICOD (B.) ; *Gaz. Pal*., 13 oct. 1988, n°s 286 et 287, note VERON (M.) ; *R.J.E.P.,* 1988, n°107, comm. RICHER (L.) ; *R.F.D.A*., 1988, p. 771, concl. CHARBONNIER, note PACTEAU (B.) ; G.D.D.A.B., n°75.
- C. cass. civ. 2ème, 15 nov. 1995, n° 93-13.262, *Cusset, Bull. civ*., 1995, II, n° 284 ; *Dr. adm*., 1996, chron. 11, MOYSAN (H.); *R.D.I.,* 1996, p. 359, chron. MAUGÜÉ (C.) et AUBY (J.-B.).
- C. cass., ch. com., 22 oct. 1996, *Société Banchereau c. Chronopost*, *Bull*., IV, n°261 ; *R.J.D.A.*, 1997-1, n° 6 ; *Defrénois* 1997, p. 333, obs. MAZEAUD (D.) ; *J.C.P.*, 1997-1, n° 4002, obs. FABRE-MAGNAN (M.).

- C. cass., civ. 3ème, 20 déc. 2000, req. n°99-10.896, *Société Quimper Plaisance, L.P.A*., 24 août 2001, p. 10, note KEITA (M.).
- C. cass., ch. com., 23 oct. 2001, req. n°1815 FS-P, *Pompes funèbres De Memoris c. Pompes Funèbres Générales, J.C.P.E*., 2001, n°48, p. 1890.
- C. cass., 10 déc. 2003, req. n°01-17493, *Société Française des jeux, J.C.P.E.*, n°19, 6 Mai 2004, p. 694, comm. GRANDVUILLEMIN (S.).

- C. cass., Civ. 1ère, 16 mars 2004, req. n°01-15.804, *Société Les Repas Parisiens c. Commune de Cluses et Association Foyer des jeunes travailleurs*, *D.*, 2004, p. 1754
- C. cass., Civ. 1ère, 19 sept. 2007, req. n°06-10.546 et 06-11.283, *Société AXA corporate solutions assurance c. Habitat 62/59 et autres*, *Bull. civ.* I, n°296 ; *J.C.P.A.*, 2007, 2321, note RENARD-PAYEN (O.) ; *G.D.D.A.B.* n°10.

- C. cass., 17 juin 2008, req. n°05-17.566, *Société Vedettes inter-îles vendéennes c. Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, D.*, 2008, p. 1821.
- C. cass., ch. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.475, *Département de Saône-et-Loire*, *Dr. adm.*, n° 4, Avril 2014, comm. 26, GIACUZZO (J.-F.).
- C. cass., Civ. 1ère, 13 mai 2014, req. n°13-12261, *Société Pi Médias c. Commune de Lamentin*, *R.F.L.*, n°5, 2014, p. 251-252.

- *COURS D'APPEL*

- C.A. Paris, 22 déc. 1948, *J.C.P.G.*, 1949, II, 4729, note LAUVAU (G.-E.).
- C.A. Aix-en-Provence, 30 nov. 1949, *J.C.P.G.*, 1950, II, 5245 bis, note LAUVAU (G.-E.).

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

- Conseil de la concurrence, 17 mars 2003, déc. n°03-D-15, *relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes* : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/03d15.pdf
- Conseil de la concurrence, 5 juillet 2005, déc. n°05-D-39, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres* : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d39.pdf.

Juridictions européennes

- *COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (Cour de Justice des Communautés européennes jusqu'au 1er décembre 2009*)

- C.J.C.E, 5 févr. 1963, aff. 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise, Rec. C.J.C.E.*, p.1 ; G.A.J.U.E., n°1.
- C.J.C.E., 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L., Rec. C.J.C.E.*, p. 01141 ; G.A.J.U.E., n°3.

- C.J.C.E., 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission des Communautés européennes, Rec. C.J.C.E.*, p. I-215 ; G.A.J.U.E., n°9.
- C.J.C.E., 4 déc. 1974, aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office, Rec. C.J.C.E.*, p. 1337 ; G.A.J.U.E., n°14.
- C.J.C.E., 9 mars 1978, aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. S.A. Simmenthal, Rec. C.J.C.E.*, p. 679 ; G.A.J.U.E., n°19.
- C.J.C.E., 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Société Hoffman-Laroche, Rec. C.J.C.E.*, p. 461.
- C.J.C.E., 8 nov. 1983, aff. C-96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, *IAZ International Belgium e.a. c. Commission, Rec. C.J.C.E.*, p. 3369.
- C.J.C.E, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission des Communautés européennes c. République Italienne*, *Rec. C.J.C.E.*, p. 02599.
- C.J.C.E., 23 avril 1991, affaire C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH, Rec. C.J.C.E.*, p. I-01979.
- C.J.C.E., 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Akzo Chemie c. Commission des Communautés européennes, Rec. C.J.C.E*, p. I-03359.
- C.J.C.E, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova, Rec. C.J.C.E.*, p. I-5889.
- C.J.C.E., 17 févr. 1993, aff. C-160/91, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Rec. C.J.C.E.*, p. I-00637.
- C.J.C.E., 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau, Rec. C.J.C.E.*, p. I-2533.
- C.J.C.E., 19 janv. 1994, aff. C-364-92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol, Rec. C.J.C.E.*, p. I-00043.
- C.J.C.E., 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-1477.
- C.J.C.E., 5 oct. 1994, aff. C-323/93, *Centre d'insémination de la Crespelle*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-5077.
- C.J.C.E., 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *GT-Link, Rec. C.J.C.E.*, p. I-4449.
- C.J.C.E., 18 juin 1998, aff. C-266/96, *Corsica Ferries France, Rec. C.J.C.E.*, p. I-3949.
- C.J.C.E., 15 janv. 1998, aff. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. et Strohal Rotationsdruck GesmbH, Rec. C.J.C.E*, p. I-102.
- C.J.C.E, 10 nov. 1998, aff. C-360/98, G*emente Arnhem, Gemente Rheden et BFI Holding BV, Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-6846.

- C.J.C.E., 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal srl c. Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Rec. C.J.C.E.*, p. I-08121.
- C.J.C.E., 16 mars 2000, aff. C-395/96 P et 396/96 P, *Compagnie maritime belge SA et Dafra Lines A/S, Rec. C.J.C.E.*, p. I-01365.
- C.J.C.E., 5 oct. 2000, Aff. C-337/98, *Commission des Communautés européennes c. République Française*, *Rec. CJ.C.E.*, 2000, p. I-08377.
- C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress, Rec. C.J.C.E.*, p. I-10745, concl. FENELLY (N.).
- C.J.C.E., 7 déc. 2000, aff. C-94/99, *ARGE Gewässerschutz contre Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Rec. C.J.C.E.*, p. I-11037.
- C.J.C.E., 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco SpA* c. *Poste Italiane SpA*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-04109.
- C.J.C.E., 25 oct. 2001, aff. C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner, Rec. C.J.C.E.*, p. I-8089.
- C.J.C.E., 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Ferring S.A. c. Agence central des organismes de sécurité sociale (ACOSS), Rec. C.J.C.E.*, p. I-09067.
- C.J.C.E., 21 mars 2002, aff. C174/00, *Kennemer Golf & Country Club c. Staatssecretaris van Financiën, Rec. C.J.C.E.*, p. I-03293.
- C.J.C.E., 24 oct. 2002, aff. C-82/01, *ADP c.Commission, Rec. C.J.C.E.*, p. I-9297.
- C.J.C.E., 3 juill. 2003, aff. C-83/01 P et a., *Chronopost SA, La Poste et République française c. Union française de l'express (UFEX), DHL International, Federal express international (France) SNC et CRIE SA*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-6993 ; *Europe,* 2003, comm. 285.
- C.J.C.E., 24 juil. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec. C.J.C.E.*, p. I-07747, concl. LÉGER (P.), p. I-7788.
- C.J.C.E., 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health, , Rec. C.J.C.E.*, p. I. 5039.
- C.J.C.E., 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Rec. C.J.C.E.*, p. I-00001.
- C.J.C.E., gd. ch., 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (CONAME) c. Comune di Cingia de' Botti, Rec. C.J.C.E.*, p. I-7287.
- C.E., 13 oct. 2005, aff. C-548/03, *Parking Brixen, Rec. C.J.C.E.*, 2005, p. I-08585, concl. KOKOTT (J.).

- C.J.C.E., 10 janv. 2006, aff. C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contre Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et Cassa di Risparmio di San Miniato SpA., Rec. C.J.C.E.*, p. I-00289, concl. JACOBS (M.F.G.).
- C.J.C.E., 11 juill. 2006, aff. C-205/03, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes*, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-06295, concl. MADURO (P.).
- C.J.C.E., 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA, Rec. C.J.C.E*., 2006, p. I-04137.
- C.J.C.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Jean Auroux e.a. c. Commune de Roanne en présence de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)*, point 34, *Rec. C.J.C.E.*, p. I-412 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 167 et p. 1117, chron. BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.).
- C.J.C.E., 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c. Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado, Rec. C.J.C.E*., 2007, p. I-2999.
- C.J.C.E., 19 juin 2008, aff. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, *Rec. C.J.C.E*., 2008, I, p. 04401, concl. KOKOTT (J.) ; *D.A*., 2008, p. 132, comm. NOGUELLOU (R.) ; *Contrats et Marchés publ*., 2008, p. 186, comm. ZIMMER (W.) ; *R.F.D.A*., 2011, p. 98, HOEPFFNER (H.).
- C.J.C.E., gd. ch., 1er juill. 2008, aff. C-341/06 P et C-342/06 P, *Chronopost S.A., La Poste c. UFEX, Rec. C.J.C.E*., p. I-04777 ; *Europe*, n°8-9, Août 2008, n° 273, comm. IDOT (L.).
- C.J.C.E., gd. ch., 16 sept. 2008, aff. C-288/07, *Isle of Wight Council et a., Rec. C.J.C.E*., 2008, p. I-7203.
- C.J.C.E., 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SA c. Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec. C.J.C.E.*, p. I-8457.
- C.J.C.E., 26 mars 2009, aff. C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commission, Rec. C.J.C.E.,* 2009, p. I-02207.
- C.J.C.E., 23 avr. 2009, aff. C-357/07, *TNT Post UK Ltd c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Rec. C.J.C.E*., 2009, p. I-03025.
- C.J.C.E., 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c. République fédérale d'Allemagne, Rec. C.J.C.E*., p. I-4747 ; *J.C.P.A.,* 2009, comm. 2158, PROOT (P.) ; comm. 2248, LINDITCH (F.) ; *Contrats et Marchés publ.*, 2009, comm. 226, HOEPFFNER (H.).
- C.J.C.E, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurawasser, Rec. C.J.C.E*., 2009, p. I-08377.

- C.J.C.E., 15 oct. 2009, aff. C196/08, *Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa et autres*, point 39, *Rec. C.J.C.E.*, 2009, p. I-09913 ; *A.J.D.A.*, 2010, p.105, note DREYFUS (J.-D.), PELTIER (M.) ; chron. AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.) ; *R.D.I.*, 2010, p. 153, obs. NOGUELLOU (R.).
- C.J.U.E., 13 avr. 2010, aff. C-91/08, *Wall AG, Rec. C.J.U.E.*, p. I-02815.
- C.J.U.E., 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-01335.
- C.J.U.E., gde ch., 27 mars 2012, aff. C-209/10, *Post Danmark A/S*, *Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *Europe*, n°5, Mai 2012, comm. 196, IDOT (L.).
- C.J.U.E., Avis, 27 mars 2014, aff. C-151/13, *Le Rayon d'Or SARL contre Ministre de l'Économie et des Finances*, *Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *Dr. fisc.*, 28 mars 2014, n°13.
- C.J.U.E., 3 avril 2014, aff. C-559/12 P, *République française c. Commission européenne* ; *Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *R.L.C.,* juillet 2014, n° 40, note CHEYNEL (B.) ; *A.J.D.A.*, 2014, p.1147, chron. AUBERT, BROUSSY, CASSAGNABÈRE ; *D.A.*, 2014, n° 7, comm. 42, comm. BAZEX (M.) ; *A.J.D.A*, 2014, p.1242, chron. LOMBARD ; *J.C.P.A.*, 2014, p. 2160, note ECKERT.
- C.J.U.E., 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa srl e.a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e.a.*, *Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *Contrats et Marchés publ.*, n° 12, Décembre 2016, comm. 291, LLORENS (F.).
- C.J.U.E., 8 déc. 2016, aff. C-553/15, *Undis Servizi Srl c. Commune di Sulmona, Rec. Gén. C.J.U.E.* ; *J.C.P.A.*, n° 2, 16 Janvier 2017, p. 2015, comm. KARPENSCHIF (M.).
- C.J.U.E., 30 mars 2017, aff. C-161/5, *VG Čistoća d.o.o. c. Đuro Vladika, Ljubica Vladika*, *Europe*, n° 5, Mai 2017, comm. 206, ROSET (S.).

  - *TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE L'UNION EUROPÉENNE (Tribunal de première instance des Communautés européennes jusqu'au 1er décembre 2009*)

- T.P.I.C.E., 14 déc. 2000, aff. T-613/97, Rec. C.J.C.E., 2000, p. II-4055 ; *Europe*, 2001, comm. 69.
- T.P.I.C.E., 7 juin 2006, aff. T-613/97, *UFEX e. a. c. Commission*, *Rec. C.J.C.E.*, p. II-1531.
- T.P.I.U.E., 26 mai 2016, aff. n°T-479/11 et T-157/12, *République Française et IFP Énergies nouvelles c. Commission, Rec. gén. C.J.U.E.* ; *A.J.D.A.*, 2016, p. 1099 ; *Europe*, n°7, Juillet 2016, comm. 246, note IDOT (L.).
- T.P.I.U.E., 1er mars 2017, aff. T-366/13, *République française c. Commission européenne et aff. T-454/13, SNCM c. Commission européenne*, *Rec. gén. C.J.U.E.*

TABLE DES TABLEAUX, FIGURES ET ÉQUATIONS

TABLEAUX

Tableau 1 - Données du prévisionnel 451
Tableau 2 - Conversion du Franc-Euro par l'INSEE sur la base de l'inflation des données du prévisionnel 452
Tableau 3 - Rapports annuels transmis 453
Tableau 4 - Résultats comparatifs 454
Tableau 5 - Comparatif sur la période des taux de profitabilité net 458

FIGURES

Figure 1 - Comparatif entre les données de chiffre d'affaires et résultat net Prévisionnel et Exécuté 454
Figure 2 - Comparatif des Taux de profitabilité net Prévisionnel et Exécuté 458

ÉQUATIONS

Équation 1 - Formule d'indexation des tarifs d'un contrat de concession de service public de crématorium 509

Équation 2 - Formule d'indexation des tarifs d'un second contrat de concession de service public de crématorium 510

INDEX ALPHABÉTIQUE

(La numérotation correspond aux pages)

A

Aide publique 28, 62, 80, 89, 92, 104, 108, 118, 119, 122, 127, 135, 137, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 155, 165, 166, 172, 184, 185, 210, 224, 250, 302, 303, 305, 312, 313, 316, 317, 318, 321, 322, 329, 391, 405, 407, 420, 423, 426, 456, 463, 472, 474, 493, 495, 502, 513, 514, 519, 520

Aide d'État 68, 73, 77, 80, 82, 83, 92, 135, 146, 154, 270, 285, 303, 304, 310, 313, 315, 316, 317, 318, 322, 326, 328, 329, 339, 352, 374, 388, 394, 407, 421, 425, 457, 476, 515, 537

Compensation d'obligations de service public.... 82, 87, 104, 118, 135, 144, 147, 300, 303, 305, 309, 311, 312, 314, 315, 316, 326, 327, 328, 352, 407, 425, 456, 463, 475, 476, 480, 488, 491, 492, 493, 499, 500, 514, 515, 519, 538

Aléa....62, 171, 175, 176, 177, 179, 180, 182, 185, 187, 192, 200, 202, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 233, 234, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 254, 281, 282, 288, 294, 300, 329, 330, 331, 335, 336, 337, 341, 354, 362, 496, 503, 506, 532

du marché...179, 213, 214, 215, 216, 217, 219, 220, 288, 496

Force majeure.....181, 186, 187, 220, 222, 234, 293, 300, 329, 330, 335, 336, 338, 354, 357, 374, 377, 381, 428, 442

Théorie de l'imprévision....148, 181, 186, 187, 241, 245, 246, 247, 248, 249, 252, 279, 296, 334, 336, 337, 338, 354, 358, 372, 373, 374, 427, 428, 486, 496, 508

Théorie du fait du prince....186, 245, 249, 250, 251, 333, 334, 336, 338, 354

Amortissement.43, 57, 90, 93, 105, 107, 108, 109, 110, 120, 121, 122, 148, 165, 166, 169, 170, 181, 194, 195, 206, 207, 225, 231, 232, 233, 236, 237, 238, 242, 243, 244, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 271, 272, 273, 274,275, 277, 280, 282, 283, 284, 285, 288, 317, 318, 347, 349, 350, 381, 390, 414, 420, 433, 436, 437, 448, 455, 460, 461, 463, 465, 466, 468, 469, 471, 472, 475, 476, 482, 487, 488, 498, 500, 503, 524, 529

comptable.....57, 93, 120, 242, 243, 258, 259, 261, 265, 266, 271, 273, 274, 461, 465, 472, 487, 500

de caducité ...93, 107, 109, 120, 121, 148, 165, 207, 258, 265, 274, 349, 350, 460, 465, 466, 468, 471, 472, 476, 500, 503

économique ..57, 242, 263, 264, 265, 283, 433, 465, 487

industriel..... 108, 121, 284

Asymétrie d'informations 170, 270, 317, 396, 433, 472, 516, 517, 532

Goodwill..... 169, 471, 494

Lissage des résultats 472

Manipulation comptable..... 472, 478

B

Bancabilité..... 419

Bénéfice 29, 35, 73, 82, 84, 86, 88, 117, 119, 122, 131, 132, 133, 135, 160, 169, 178, 180, 204, 208, 221, 234, 253, 258, 259, 262, 266, 267, 273, 274, 276, 278, 281, 283, 294, 309, 313, 314, 322, 323, 326, 327, 330, 334, 342, 346, 350, 351, 352, 354, 369, 370, 379, 380, 381, 386, 390, 394, 401, 413, 417, 420, 421, 422, 425, 429, 430, 446, 449, 450, 456, 459, 460, 461, 462, 463, 465, 474, 475, 476, 479, 480, 481, 482, 483, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 498, 499, 500, 504, 514, 515, 520, 522, 526, 529, 531, 533, 538

industriel..... 483, 490

normal 413, 479, 483, 488

raisonnable 82, 83, 119, 133, 135, 234, 266, 283, 294, 313, 314, 323, 326, 327, 334, 342, 346, 351, 352, 413, 425, 446, 456, 459, 475, 476, 479, 480, 481, 482, 483, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 498, 499, 500, 504, 514, 529, 531, 533, 538

Biens ..6, 58, 62, 70, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 131, 133, 141, 148, 158, 159, 168, 170, 182, 187, 194, 206, 207, 225, 236, 237, 242, 248, 250, 251, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 265, 266, 271, 273, 274, 275, 278, 304, 317, 322, 323, 330, 333, 334, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 352, 381, 387, 388, 392, 393, 394, 395, 414, 417, 422, 427, 448, 455, 457, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 471, 473, 499, 500, 503, 509

Actifs 94, 96, 108, 109, 115, 121, 143, 166, 168, 169, 172, 173, 189, 215, 216, 219, 226, 242, 258, 259, 260, 261, 266, 317, 321, 322, 387, 408, 432, 436, 444, 446, 455, 458, 464, 473, 482, 492, 516, 528

de reprise 95

de retour..... 95, 348

Renouvellement108, 110, 243, 250, 251, 259, 349, 449, 463, 465, 467, 473

propre 93, 95, 99, 101, 113, 158

Valeur nette comptable ..8, 103, 110, 260, 262, 330, 333, 334, 346, 347, 348, 349, 350, 352, 388, 395, 457, 460, 530

Biens de retour

Renouvellement 121, 259, 465, 474

Budget.....83, 92, 97, 99, 114, 116, 122, 130, 148, 149, 150, 155, 184, 189, 244, 293, 317, 318, 319, 320, 323, 407, 422, 428, 441, 444, 447, 470, 525

S.P.I.C. 133, 317, 318, 319, 320

C

Capacité d'autofinancement 259, 321, 465, 467

Cession de créances 223, 224, 265, 387, 471

dite Dailly..... 223

Commission européenne..5, 78, 80, 136, 173, 196, 216, 267, 303, 304, 309, 313, 328, 461, 491, 492, 498, 515

Comptabilité ..7, 70, 165, 259, 261, 265, 316, 317, 319, 320, 323, 324, 325, 326, 334, 349, 439, 456, 460, 461, 463, 464, 466, 472, 474, 519

Comptes52, 61, 75, 84, 91, 104, 105, 108, 109, 111, 112, 114, 115, 116, 119, 120, 127, 128, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 144, 147, 148, 151, 159, 163, 164, 167, 168, 170, 179, 183, 184, 191, 201, 205, 206, 209, 217, 231, 233, 234, 236, 239, 242, 243, 244, 245, 250, 251, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 265, 266, 268, 272, 278, 280, 283, 284, 291, 293, 306, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 334, 335, 337, 343, 346, 347, 348, 349, 352, 367, 368, 378, 384, 385, 393, 406, 408, 420, 422, 425, 429, 438, 439, 443, 444, 446, 448, 449, 455, 458, 459, 461, 463, 464, 465, 467, 468, 473, 474, 475, 479, 488, 489, 491, 497, 499, 500, 501, 506, 507, 508, 509, 511, 512, 517, 518, 519, 520, 523, 524, 531, 536, 538

Contrat

Caducité 108, 121, 148, 195, 266, 274, 278, 391, 396, 397, 461, 465, 466, 468, 472, 503

Contrat administratif

Concession de travaux t23, 26, 45, 90, 126, 147, 163, 164, 179, 196, 273, 498

Délégation de service public

Affermage..112, 117, 128, 189, 224, 233, 235, 237, 256, 317, 426, 436

Régie intéressée ...63, 144, 188, 189, 256, 317

M.E.T.P. 63, 125, 199

Marché de mobiliers urbains 63

Marché de partenariat184, 199, 233, 387, 434, 436, 438

Marché public5, 40, 45, 47, 61, 68, 69, 83, 87, 126, 128, 143, 144, 145, 157, 161, 166, 173, 176, 178, 179, 181, 182, 183, 187, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 212, 213, 220, 221, 233, 236, 241, 248, 269, 314, 326, 337, 338, 340, 355, 361, 363, 370, 374, 379, 397, 409, 428, 435, 437, 506, 512, 517

Contrôle69, 75, 88, 91, 93, 95, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 113, 119, 120, 134, 136, 160, 161, 170, 200, 218, 219, 224, 227, 236, 237, 244, 248, 260, 261, 266, 271, 283, 286, 294, 299, 300, 315, 319, 323, 326, 345, 346, 365, 368, 383, 391, 393, 395, 397, 399, 405, 406, 407, 408, 428, 429, 433, 445, 447, 448, 449, 450, 456, 457, 458, 459, 462, 468, 469, 472, 475, 478, 481, 482, 492, 493, 504, 506, 508, 514, 515, 517, 520, 521, 526, 527, 528, 532, 533, 538

Évaluation *a priori* 255, 292, 360, 409, 433, 434, 435, 437, 441, 447, 496, 501, 537

Société dédiée..... 222, 319, 407

Coût....82, 107, 108, 109, 119, 121, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 142, 151, 170, 180, 181, 182, 183, 192, 199, 201, 202, 204, 207, 210, 211, 213, 215, 220, 223, 224, 225, 243, 249, 250, 251, 254, 258, 259, 261, 266, 278, 293, 300, 301, 308, 309, 311, 312, 314, 315, 316, 317, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 335, 339, 340, 344, 348, 351, 372, 381, 385, 398, 400, 403, 407, 409, 414, 417, 418, 419, 423, 426, 427, 428, 432, 435, 436, 437, 440, 441, 444, 446, 448, 456, 460, 461, 462, 463, 464, 467, 468, 471, 472, 473, 474, 477, 486, 488, 489, 491, 492, 493, 495, 497, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 516, 517, 519, 520, 525, 526, 527, 530, 537

D

Domaine public86, 96, 97, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 114, 118, 129, 134, 140, 154, 158, 159, 225, 256, 366, 487

Principe d'inaliénabilité 99, 100, 101, 122, 392, 393

libéralités 103, 343, 344, 354, 384, 493

Principe d'insaisissabilité 101, 393

Droit d'exploiter 45, 62, 63, 83, 87, 125, 127, 129, 141, 143, 144, 147, 152, 153, 158, 161, 162, 172, 173, 192, 196, 197, 201, 203, 223, 255, 295, 342, 347, 350, 353, 363, 366, 369, 380, 381, 387, 388, 397, 411, 418, 486, 494, 496, 497, 498, 500, 504, 520

Activités accessoires.. 128, 154, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 165, 363, 406, 513, 536

Profit du concessionnaire .. 379, 396, 478, 481, 489, 492, 493, 513, 521

Redevances de service public 26, 63, 72, 85, 87, 90, 91, 103, 104, 105, 106, 116, 118, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 142, 144, 146, 150, 152, 160, 161, 172, 193, 205, 210, 215, 217, 251, 266, 321, 322, 362, 365, 367, 379, 387, 408, 423, 450, 465, 467, 473, 475,

483, 487, 488, 498, 506, 513, 516, 519, 520, 521, 522, 524, 525

Tarif 132, 138, 139, 160, 362, 505, 506, 512

Droit de la concurrence....68, 69, 70, 77, 78, 79, 80, 92, 116, 135, 146, 156, 159, 240, 256, 289, 300, 304, 305, 306, 308, 318, 321, 324, 331, 337, 352, 354, 360, 407, 411, 489, 499, 500, 513, 526, 538

Abus de position dominante..... 285, 306, 307, 308, 476, 499

Ressource essentielle..... 80, 135, 307

Durée 45, 46, 53, 64, 83, 87, 93, 100, 101, 104, 107, 121, 122, 148, 151, 153, 156, 158, 161, 164, 166, 172, 173, 176, 187, 194, 195, 206, 207, 222, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 246, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 295, 300, 308, 315, 316, 327, 334, 338, 339, 346, 347, 348, 349, 350, 362, 364, 365, 367, 369, 370, 374, 380, 382, 388, 389, 396, 397, 423, 426, 427, 429, 431, 436, 440, 449, 450, 460, 464, 465, 466, 467, 472, 473, 474, 475, 479, 481, 482, 487, 488, 491, 494, 496, 497, 498, 499, 500, 503, 504, 507, 508, 515, 521, 527, 528, 529, 530, 536, 538

Endogène....272, 280, 282, 283, 284, 285, 449, 508, 521, 527, 528

Excessive....237, 241, 261, 269, 270, 271, 272, 273, 278, 285, 334, 348, 349, 396, 397, 427, 466

Inférieure à la durée d'amortissement..... 262, 268

Morale.....263, 267, 268, 269, 271

normale 164, 194, 241, 259, 264, 265, 268, 271, 273, 277, 278, 280, 347, 473, 487, 497

Plafond 263, 285, 498, 527, 528

Prolongation .53, 148, 251, 252, 253, 266, 274, 275, 276, 277, 281, 287, 339, 365, 366, 370, 389, 471, 524

Raisonnable 233, 255, 259, 273, 274, 285, 350, 413, 487, 499, 500

Variable.....280, 282, 283, 284, 285, 538

E

Équilibre

Bouleversement de l'économie générale... 245, 246, 247, 253, 340, 369, 373, 508

Déséquilibre en pouvoir 292, 293, 411, 471

Déséquilibre en valeur..... 292, 293

Déséquilibre irréversible 358, 379, 390, 395, 396

Équilibre économique 11, 34, 45, 51, 53, 56, 57, 58, 61, 81, 83, 86, 87, 92, 93, 94, 106, 107, 109, 117, 118, 120, 123, 126, 127, 141, 142, 144, 148, 152, 154, 161, 164, 166, 167, 171, 172, 173, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 218, 228, 229, 230, 241, 243, 244, 253, 254, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 271, 272, 273, 275, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 294, 295, 296, 301, 303, 310, 311, 315, 320, 321, 327, 328, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 341, 345, 346, 350, 352, 357, 360, 361, 363, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 388, 389, 391, 395, 397, 403, 410, 411, 413, 414, 417, 418, 421, 422, 423, 426, 428, 430, 432, 433, 440, 443, 444, 445, 449, 450, 459, 460, 461, 468, 469, 471, 474, 475, 476, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 486, 487, 488, 489, 490, 492, 493, 494, 497, 500, 504, 505, 506, 508, 517, 519, 521, 522, 525, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 535, 536, 537, 538, 539

Équivalence honnête..... 330, 413, 479

F

Financement de la concession

Bancabilité 100, 186, 231, 295, 324, 384, 420, 431, 432, 438, 447, 501, 502, 503, 527

Crédit-bail..... 100, 101, 503

Financement croisé..... 305, 322, 422, 426, 519

Hypothèque 100, 503

Péréquation..... 423, 425, 525

Prix prédateur 307

Recours à l'externalisation .. 72, 111, 292, 390, 399, 404, 407, 408, 431, 434, 442, 444, 463, 470, 495, 496, 537

I

Impôt....85, 91, 106, 113, 114, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 129, 130, 136, 143, 149, 150, 151, 167, 172, 251, 274, 319, 325, 398, 401, 402, 446, 460, 461, 466, 471, 473, 474, 511, 517

Impôt sur les sociétés 116, 120, 401, 402, 474

T.V.A..... 8, 91, 116, 117, 118, 119, 137, 325

Taxes foncières..... 114, 115

Intérêt général . 8, 23, 35, 43, 59, 61, 67, 68, 69, 73, 75, 78, 80, 81, 83, 86, 89, 90, 96, 99, 104, 105, 110, 112, 116, 118, 127, 128, 139, 155, 156, 157, 159, 162, 169, 170, 173, 178, 246, 251, 252, 253, 261, 267, 268, 269, 275, 277, 279, 288, 289, 291, 293, 294, 296, 299, 301, 302, 303, 305, 310, 312, 321, 324, 329, 330, 333, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 343, 344, 345, 349, 353, 354, 359, 360, 362, 365, 373, 374, 389, 395, 398, 402, 404, 411, 414, 418, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 430, 460, 470, 477, 479, 481, 483, 484, 486, 490, 493, 500, 521, 523, 526, 530, 536, 539

Inventaire des biens93, 94, 95, 102, 103, 107, 108, 109, 113, 115, 170, 260, 333, 347, 448

Investissements..52, 57, 58, 65, 75, 83, 87, 93, 99, 107, 109, 117, 118, 120, 122, 132, 147, 150, 151, 152, 158, 166, 168, 172, 173, 175, 176, 183, 188, 189, 190, 191, 195, 196, 201, 207, 213, 215, 220, 223, 224, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 239, 242, 243, 250, 252, 253,254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 288, 292, 293, 312, 317, 318, 321, 334, 338, 339, 347, 349, 350, 351, 359, 363, 365, 369, 385, 387, 389, 390, 400, 403, 414, 418, 419, 424, 426, 429, 433, 434, 436, 438, 439, 441, 445, 446, 447, 448, 450, 455, 456, 460, 463, 465, 466, 468, 470, 472, 473, 475, 478, 479, 483, 486, 487, 492, 494, 495, 497, 498, 500, 501, 502, 503, 524, 525, 527, 528, 530, 536

J

Juridictions administratives

Conseil d'État.....5, 6, 62, 67, 68, 73, 76, 77, 84, 90, 97, 103, 108, 114, 129, 131, 134, 137, 138, 139, 140, 143, 145, 148, 155, 157, 158, 163, 191, 203, 209, 211, 227, 249, 253, 277, 279, 280, 305, 308, 322, 323, 326, 341, 343, 348, 361, 367, 369, 375, 394, 414, 421, 422, 444, 456, 488, 493, 520, 525, 603

Cours administratives d'appel..... 5, 8, 98, 102, 352, 366, 515

Juridictions financières

Chambres régionales des comptes..... 151, 225, 244, 400, 408, 424, 429, 473

Cour des comptes .91, 108, 109, 131, 136, 149, 159, 163, 184, 206, 244, 262, 473, 511, 512, 522

L

Loyauté des relations conventionnelles

contractuelle 269, 338, 397, 474

précontractuelle 183, 239, 496

M

Mesure de la rentabilité

Taux de rentabilité interne .149, 233, 255, 283, 327, 328, 437, 439, 441, 455, 456, 457, 458, 475, 480, 500, 502, 526, 528

profitabilité.....455, 457

taux de rentabilité net.....457, 458

Taux de retour sur investissement..... 433, 436, 449, 455, 456, 459

V.A.N. 168, 201, 233, 255, 433, 439, 440, 443, 449, 455

Modification du contrat ...57, 59, 91, 94, 100, 114, 136, 165, 182, 183, 186, 187, 189, 193, 199, 206, 211, 212, 224, 225, 227, 239, 240, 241, 242, 243, 246, 250, 251, 252, 253, 254, 260, 264, 265, 266, 269, 275, 276, 277, 288, 299, 315, 333, 334, 337, 338, 339, 340, 350, 355, 357,358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 380, 384, 386, 388, 390, 474, 482, 486, 503, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 533

Révision tarifaire 505, 506, 507, 508

automatique 506, 508, 511, 512

Périodique.....225, 506

unilatérale (pouvoir de) 186, 187, 252, 253, 333, 338, 339, 340, 355, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 374, 486, 503, 508

O

Obligations de service public 59, 81, 82, 87, 99, 101, 118, 184, 185, 186, 200, 241, 247, 248, 251, 270, 275, 285, 295, 297, 299, 300, 301, 303, 306, 309, 310, 311, 312, 315, 316, 321, 322, 324, 327, 328, 329, 334, 337, 338, 351, 354, 363, 365, 374, 376, 377, 379, 382, 385, 389, 411, 413, 419, 422, 423, 424, 427, 431, 432, 456, 468, 469, 470, 475, 481, 482, 491, 513, 515, 519, 526, 533, 537, 539

P

P.F.I....46, 146, 190, 191, 226, 384, 435, 441, 442, 496, 501, 519, 522, 527

B.O.T... 47, 146, 206, 236, 264, 281, 282, 442, 522, 527, 528

Value for money . 190, 433, 435, 441, 442, 443, 444

Performance 82, 134, 146, 152, 188, 190, 191, 376, 429, 432, 433, 442, 444, 445, 457, 461, 462, 463, 469, 511, 516, 517, 518, 520, 538

R

Rentabilité 57, 73, 82, 83, 84, 86, 88, 92, 109, 135, 140, 147, 153, 154, 156, 160, 168, 170, 185, 191, 220, 221, 225, 231, 244, 247, 255, 270, 272, 278, 299, 301, 312, 316, 318, 327, 334, 365, 367, 385, 387, 388, 397, 400, 404, 410, 413, 414, 419, 420, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 439, 441, 445, 446, 447, 449, 450, 455, 456, 457, 458, 460, 461, 462, 463, 466, 468, 469, 472, 475, 476, 478, 479, 481, 492, 495, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 504, 505, 507, 512, 513, 520, 524, 527, 533, 536, 538

limitée 327, 334, 413, 476, 481, 492, 498, 500, 504, 505

Rente . 167, 207, 265, 268, 277, 278, 389, 396, 399, 400, 418, 488

Résiliation 110, 222, 224, 226, 235, 237, 239, 240, 241, 243, 246, 248, 252, 262, 269, 279, 285, 296, 333, 334, 338, 342, 344, 345, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 360, 367, 371, 373, 376, 380, 381, 390, 391, 394, 395, 396, 397, 398, 410, 424, 457, 466, 480, 493, 503, 538

intérêt général.....279, 334, 338, 344, 352, 395

Risque 12, 23, 29, 45, 46, 52, 57, 59, 62, 63, 64, 73, 79, 83, 87, 88, 91, 93, 94, 107, 108, 110, 111, 117, 126, 127, 134, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 151, 152, 157, 158, 160, 164, 165, 166, 167, 168, 171, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184,185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 239, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 254, 255, 257, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 295, 299, 307, 310, 315, 320, 322, 326, 327, 329, 332, 334, 335, 336, 338, 339, 346, 349, 350, 351, 357, 358, 359, 360, 363, 365, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 385, 387, 388, 390, 391, 393, 397, 399, 401, 403, 404, 407, 408, 410, 414, 417, 418, 423, 431, 432, 433, 439, 440, 441, 442, 443, 446, 447, 450, 458, 459, 461, 462, 464, 466, 469, 471, 473, 475, 478, 481, 485, 486, 487, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 502, 503, 504, 505, 507, 515, 519, 521, 527, 528, 529, 530, 532, 535, 536, 538, 539

d'exploitation 46, 59, 62, 63, 144, 146, 147, 167, 168, 175, 176, 177, 179, 180, 183, 185, 186, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227,229, 231, 232, 247, 255, 272, 274, 278, 285, 286, 287, 288, 289, 295, 315, 320, 329, 337, 346, 349, 351, 352, 365, 380, 390, 391, 397, 401, 403, 407, 409, 410, 414, 423, 440, 441, 443, 459, 462, 475, 481, 486, 492, 494, 496, 497, 504, 505, 507, 515, 521, 528, 530, 535

transfert significatif.....211, 213, 222

de disponibilité.....219, 220, 281, 377, 387, 388

de la demande..... 52, 147, 212, 215, 216, 219, 283, 431, 462, 507

de pertes..... 185, 221, 224, 486

de recettes..... 202, 215, 216, 225, 432

Échec 201, 215, 231, 391, 394, 395, 431

économique 64, 83, 87, 91, 110, 127, 146, 147, 152, 166, 171, 175, 182, 183, 185, 198, 199, 201, 213, 217, 221, 225, 283, 382, 431, 519

endogène..... 180, 182

exogène 186

Matrice 182, 185, 186, 443, 444, 496

notion de risques et périls 23, 29, 63, 117, 126, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 201, 205, 287, 335, 336, 443, 473

Report

Clauses de Step-in 226, 385

S

Sanction

Mise sous séquestre 226, 379, 380, 385

Pénalités 281, 343, 345, 357, 368, 375, 377, 378, 379, 385

Résiliation

pour faute.....279, 342, 348, 376, 380

Service public.....

S.I.E.G. 8, 78, 425, 490, 492, 493

S.P.A. 8, 68, 76, 84, 88, 91, 92, 289

S.P.I.C. 8, 71, 72, 73, 74, 76, 84, 90, 92, 98, 129, 130, 133, 141, 184, 200, 317, 407, 421, 422, 525

V

Valeur..... 8, 347

Table des matières

INTRODUCTION 11

Section 1 - Objet de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public 19

Paragraphe 1 – Les caractéristiques traditionnelles de l'équilibre économique sur le modèle économique de la concession de service public 21
Paragraphe 2 – Les usages traditionnels de l'équilibre économique appliqué aux contrats 33

Section 2 - Champ de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public 40

Paragraphe 1 – L'amplification de l'approche économique de l'équilibre économique de la concession de service public 42
Paragraphe 2 – La nécessité de l'approche économique dans l'équilibre économique de la concession de service public 46

Section 3 - Méthodologie de l'étude sur la définition de l'équilibre économique des concessions de service public 50

PREMIÈRE PARTIE : LES CONDITIONS INHÉRENTES À L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE 61

Titre I - La nature économique du service 65

Chapitre I - Le service public objet économique 67

Section 1 - La concession d'une activité économique d'intérêt général 69

Paragraphe 1 - L'identification du service à valeur économique 71

A. La concession d'un service public industriel et commercial 72

1. La concession pour mode de gestion naturel 72
2. La concession pour mode d'intervention dans l'économie 75

B. La concession d'un service d'intérêt économique général 78

1. L'application des règles de la concurrence aux concessions de service d'intérêt économique général 78
2. La concession d'un service grevée d'obligations de service public 80

Paragraphe 2 - L'exclusion des services dits administratifs 83

A. L'impossibilité de concéder des services *administratifs* 84

1. L'exclusion de principe 84
2. L'adaptabilité limitée de l'économie de la concession aux services administratifs 86

B. La concession des activités économiques et opérationnelles rattachées aux services publics administratifs 88

1. La dévolution d'activités économiques connexes et détachables des prérogatives de puissance publique 88
2. L'exemple de la concession des autoroutes 90

Section 2 - Le transfert économique de la gestion 93
Paragraphe 1 - Le transfert patrimonial 94
A. L'inventaire, outil d'identification des régimes juridiques 95
1. La ventilation conventionnelle des droits de propriété 96
2. Les restrictions patrimoniales pour la sauvegarde de l'intérêt général 99
B. L'inventaire, outil du contrôle de l'exploitation 102
1. Le contrôle de la valeur économique de l'utilisation des propriétés publiques 103
2. Le contrôle comptable et financier de l'état des biens 107
Paragraphe 2 - Le transfert de responsabilités 110
A. Les responsabilités procédant du transfert patrimonial 111
1. Le transfert des risques liés aux biens 111
2. Le transfert des impôts fonciers 113
B. Les privilèges fiscaux de la concession de service public 116
1. L'exploitation et la taxe sur la valeur ajoutée 116
2. L'exploitation et l'impôt sur les sociétés 120
Conclusion du chapitre I 123
Chapitre II - Le droit d'exploiter contrepartie économique 125
Section 1 - La mutation du mode de rémunération 127
Paragraphe 1 – La redevance perçue sur l'usager, composante basique du droit d'exploiter 129
A. Une tarification proportionnelle au service rendu 130
1. Une redevance strictement proportionnelle au service rendu 130
2. Une redevance raisonnablement proportionnelle aux coûts du service rendu 132
B. Une tarification adaptée au service rendu 137
1. L'égalité tarifaire 138
2. La gratuité du service public 140
Paragraphe 2 - Le droit d'exploiter complété par un prix 143
A. La rémunération du concessionnaire par la personne publique 144
1. La rémunération du concessionnaire par un prix 144
2. La rémunération du concessionnaire par une aide 147
B. La rémunération du concessionnaire par l'impôt 149
Section 2 - L'extension du droit d'exploiter 152
Paragraphe 1 - La maximisation du droit d'exploiter, l'équilibre par les recettes accessoires 153
A. L'autorisation des recettes accessoires au service public 154
B. L'encouragement des recettes annexes 158
Paragraphe 2 - L'estimation du droit d'exploiter par référence au chiffre d'affaires 161

A. L'appréciation des recettes globales de la concession 162

1. Le chiffre d'affaires total des activités objet(s) de la concession 162
2. L'inclusion expresse des droits et avantages accordés au contrat 166

B. Les recettes dissimulées de la concession 168

Conclusion du Chapitre II 172
Conclusion du Titre I 173

Titre II - Le transfert du risque économique 175

Chapitre I - Le risque d'exploitation pivot de l'équilibre 177

Section 1 - Le transfert du risque, condition de l'équilibre économique 178

Paragraphe 1 - Une condition traditionnelle 180

A. La notion d'exploitation aux risques et périls 180

1. Un levier de responsabilités imparties au concessionnaire 181
2. Une limite de responsabilité du concessionnaire 185

B. La plénitude du risque 188

1. Le transfert d'un risque « complet » 188
2. Le risque de performance des services publics 190

Paragraphe 2 - Une condition légale 192

A. Le risque dilué dans les *délégations de service public* de la loi *Sapin* 193
B. Le risque positif : efficience du critère et réalité du contenu 195

1. Le critère du risque, critère classique de qualification des contrats de concession ou non-marchés publics 195
2. L'efficience du critère du risque pour qualifier les contrats administratifs et réalité du contenu 198

Section 2 - L'autonomie du risque dans l'équilibre économique 202

Paragraphe 1. – Le risque d'exploitation révélé par le mode de rémunération 203

A. L'abandon de la « *rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation* » .. 203

1. Confusion des notions de risque d'exploitation et de rémunération substantiellement liée aux résultats d'exploitation 204
2. Dissociation de la notion de risque avec celle de rémunération : incomplétude et insuffisance de la notion de rémunération pour intégrer le risque d'exploitation 207

B. Le risque et l'équilibre économique, un tout indissociable 208

1. Rétrogradation de la rémunération au profit du risque et du mode de rémunération . 209
2. Le mode de rémunération, compilation des facteurs d'équilibre économique 213

Paragraphe 2 - Le risque d'exploitation révélé par la responsabilité du concessionnaire face aux aléas du marché 214

A. Le risque réel d'exposition aux fluctuations de l'exploitation 214

1. Le fondement du risque d'exploitation dans les aléas du marché : le risque de la demande et le risque d'échec 215
2. L'inclusion non caractérisante des risques contractuels dits « classiques » 219

B. L'interdiction générale des garanties contre le risque d'exploitation 220

1. Différence entre garantie et transfert limité du risque 220
2. Exclusion de tout mécanisme de garantie du seuil de rentabilité de la concession 225

Conclusion du chapitre I 229

Chapitre II - Les effets du couple risque-temps sur l'équilibre 231

Section 1 - La durée concessive, facteur d'accroissement des aléas d'exploitation 234

Paragraphe 1 - Prévisibilité et fixation d'une durée contractuelle 235

A. La fiabilité relative des données prévisionnelles 235

1. La fixation ex ante de la durée par la personne publique : un frein à une durée optimale des concessions 236
2. La durée comme critère de sélection des offres : un outil de détermination de la durée essentielle des concessions ? 238

B. Inadéquation des données prévisionnelles et limitation du droit à l'avenant 240

1. Le droit à l'avenant : la place de l'anticipation contractuelle 241
2. La résiliation des contrats à durée excessive : inadéquation irréversible entre la durée fixée et les données prévisionnelles 242

Paragraphe 2 - L'aléa imprévisible et le déséquilibre économique 245

A. L'aléa induit par des évènements extracontractuels 246

1. L'aléa économique et partage des conséquences financières entre les parties 247
2. L'aléa administratif et difficultés à transférer systématiquement la totalité des conséquences financières vers l'autorité publique 250

B. L'aléa induit par les modifications unilatérales de la personne publique 252

Section 2 - La durée concessive, facteur d'atténuation du risque financier 255

Paragraphe 1 - La référence à l'amortissement pour déterminer la durée d'exploitation 257

A. L'amortissement, outil comptable de réduction du risque d'investissement 258

1. L'amortissement : échéancier de l'exploitation et renouvellement des biens 259
2. L'amortissement comptable : grille de lecture de la valeur des biens de la concession 262

B. L'amortissement, outil économique favorable à l'atteinte de l'équilibre économique ... 264

1. Le plafond de la durée de concession calquée sur l'atteinte des objectifs économiques : la réalisation de l'équation financière 264
2. Reconnexion de la durée avec l'équilibre économique : la recherche d'un temps « moral » d'exploitation 268

Paragraphe 2 - La prise en compte du risque d'exploitation par la durée 273

A. L'adaptabilité de l'équilibre financier selon le couple durée-risque : durée insuffisante et durée excessive 273

1. Durée inférieure à l'amortissement technique mais suffisante pour atteindre l'équilibre financier 274
2. Durée excessive, une identification a posteriori justifiant la fin naturelle du contrat. 278

B. L'adaptabilité de la durée selon le couple risque-équilibre financier : modulation par phases et modulation globale 280

1. La modulation simple du temps contractuel : la dissociation des phases de la concession 281
2. La modulation totale du temps contractuel : la variabilité de la durée concessive 283

Conclusion du chapitre II 288
Conclusion du Titre II 289
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 290

SECONDE PARTIE : LA PERMANENCE NÉCESSAIRE D'UN ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE.. 291

Titre I - Le maintien d'un équilibre économique 295

Chapitre I - La compensation pour reconstruire l'équilibre 299

Section 1 - La compensation financière des obligations de service public 300

Paragraphe 1 - La compensation des obligations du service public concédé 302

A. L'exception d'intérêt général pour les aides versées aux gestionnaires de SIEG 303

1. L'aide d'État imposée et limitée par la concurrence 303
2. La systématicité de l'exception de l'article 106 § 2 du T.F.U.E. dans les concessions 306

B. Le cadre spécifique des compensations pour obligations de service public 310

1. Le rééquilibrage de l'équilibre économique par les compensations d'obligations de service public 311
2. Le contrat de concession, forme de mandat et justificatif de toute forme de compensation d'obligations de service public 314

Paragraphe 2 - Le suivi des aides publiques dans la comptabilité du concessionnaire 316

A. L'application des principes budgétaires des collectivités territoriales 317

1. L'inadéquation de la règle d'équilibre des SPIC et les comptes d'une concession 318
2. Les limites budgétaires imposées aux flux affectés aux concessions 320

B. La mise en place d'une comptabilité analytique dédiée aux SIEG 323

1. Un outil de présomption de conformité avec le droit de la concurrence 324
2. Exigence de rentabilité limitée : calcul du bénéfice raisonnable et surcompensation d'obligations de service public 327

Section 2 - L'indemnisation des contraintes particulières d'exploitation 329

Paragraphe 1 - Une indemnisation de principe fondée sur « *le droit au maintien de l'équilibre financier* » 330

A. Du droit au maintien de l'équilibre financier à l'obligation de maintenir un certain équilibre financier 332

1. L'indemnisation complète du préjudice du cocontractant des perturbations contractuelles causées par la personne publique 332
2. L'indemnisation imparfaite et temporaire dans la limite de la continuité du service public : la théorie de l'imprévision 334

B. Des financements hors équilibre financier primordial 338

Paragraphe 2 - Une indemnisation concrète fondée sur la relation contractuelle 341

A. L'opportunité de moduler les droits à indemnité du concessionnaire 342

1. Inaltérabilité du droit à indemnisation du concessionnaire 342
2. La modulation des indemnités manifestement excessives 344

B. L'encadrement des indemnités par le bénéfice raisonnable 346

1. Valeur nette comptable, référence matérielle pour la juste indemnisation des biens de retour 347
2. L'indemnité « raisonnable », nécessité pour fonder la compensation sur l'équilibre financier disparu 350

Conclusion du Chapitre I 354

Chapitre II - L'appréhension du déséquilibre économique 357

Section 1 - La prévention du déséquilibre économique irréversible 359

Paragraphe 1 - Les facteurs d'équilibre économique à modifier 360

A. Le principe du consensualisme 362

1. L'adaptation de l'équilibre financier par les outils contractuels 362
2. La portée de l'interdiction du pouvoir de modification unilatérale de l'équilibre financier 365

B. La modification non substantielle 368

1. Les limites du bouleversement de l'économie du contrat et de la modification substantielle 369
2. L'équilibre économique du marché prime l'équilibre économique conventionnel 371

Paragraphe 2 - Le déséquilibre économique à sanctionner 375

A. La sanction imposée 376

1. Le dispositif « pénal » appliqué à l'équilibre économique 377
2. Le dispositif coercitif pour l'équilibre économique 379

B. La sanction consensualisée 382

1. Le choix de la résolution alternative 382
2. Résolution préventive des conflits et effets sur l'équilibre économique 384

Section 2 - La gestion du déséquilibre économique 389

Paragraphe 1 - Les déséquilibres économiques nés de l'équilibre 391

A. L'échec économique 391
B. Le déséquilibre irréversible par l'exécution « normale » du contrat 395
Paragraphe 2 - La sortie du modèle concessif vers un modèle de gestion « réinternalisée » 398
A. La réinternationalisation du service public 399
B. Le modèle du « *in house* » 404
Conclusion du Chapitre II 410
Conclusion du Titre I 411
Titre II - Un équilibre économique à redéfinir 413
Chapitre I - La légitimité du profit tiré de l'équilibre 417
Section 1 - L'acceptation consensuelle du profit dans l'équilibre économique 418
Paragraphe 1 - La viabilité de l'équilibre économique par le profit 421
A. Le financement du service public par le profit 423
1. Rentabilité et continuité du service 423
2. Rentabilité et cohésion sociale 425
B. La justification de l'action publique 427
1. La justification du service public 428
2. La justification d'une concession à un tiers 430
Paragraphe 2 - L'équilibre économique validé par le profit 433
A. L'évaluation de la valeur de la concession 434
1. L'évaluation de la concession 435
2. L'évaluation par la Best value for money 441
B. L'évaluation de la profitabilité 445
1. La logique du centre de profit 445
2. Le contrôle adapté 447
Section 2 - Le profit, résultat de l'équilibre économique de la concession 459
Paragraphe 1 - Le résultat positif de l'équation financière 461
A. La balance commerciale positive 461
B. L'effet des leviers comptables 463
Paragraphe 2 - Le résultat excessif de l'équation financière 468
A. L'expression du déséquilibre économique 470
B. La permanence d'un avantage anticoncurrentiel 475
Conclusion du Chapitre I 478
Chapitre II - Le profit conventionnel, garantie de l'équilibre 479
Section 1 - L'intégration du profit par le bénéfice raisonnable 481
Paragraphe 1 - Le profit équitable 482

A. Le juste équilibre économique dans la concession ... 483

1. La justice par l'équilibre économique ... 484
2. Le calcul juste de l'équilibre économique ... 486

B. Le juste équilibre économique dans l'équilibre du marché ... 489

Paragraphe 2 - Le profit raisonné ... 493

A. Une contrepartie suffisante ... 494

1. Un transfert de risque raisonnable pour un droit d'exploiter raisonnable ... 494
2. Une durée conventionnelle raisonnable ... 497

B. Une contrepartie satisfaisante ... 500

Section 2 - L'équilibre garanti par le profit régulé ... 504

Paragraphe 1 - Une régulation à approfondir ... 505

A. La révision tarifaire ... 506

1. La révision périodique ... 506
2. La révision automatique ... 508

B. La régulation de l'intervention publique ... 513

1. L'ajustement des financements publics ... 514
2. Le financement incitatif ... 515

Paragraphe 2 - Une régulation à réinventer ... 520

A. L'intéressement du concédant ... 521
B. L'introduction des plafonds de revenus ... 526

Conclusion du Chapitre II ... 531
Conclusion du Titre II ... 532
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE ... 533

CONCLUSION GÉNÉRALE ... 535

BIBLIOGRAPHIE ... 541

Ouvrages généraux ... 541
Contributions à un ouvrage ... 549
Enclyclopedies et Fascicules ... 550
Mélanges ... 550
Mémentos pratiques ... 551
Recueils de jurisprudences ... 551
Colloques ... 551
Thèses et memoires ... 552
Articles (revues) ... 556
Conclusions ... 580
Textes législatifs et réglementaires ... 583
Décisions de la Commission européenne ... 586
Communications de la Commission européenne ... 586
Document de travail de la Commission Europeenne ... 587
Décision d'Eurostat ... 587

Circulaires 587
Instructions 588
Avis 588
Rapports et Communications des juridictions françaises 590
Rapports 592
Documents de la Direction des Affaires Juridiques (D.A.J.) 595
Contrats 595

TABLE DES JURISPRUDENCES 599

Juridictions françaises 599
Juridictions européennes 620

TABLE DES TABLEAUX, FIGURES ET ÉQUATIONS 625

INDEX ALPHABÉTIQUE 627

La définition de l'équilibre économique des concessions de service public

La définition historique de l'équilibre économique dans les contrats de concession s'est manifestée principalement au travers de la théorie générale des contrats administratifs. C'est pourtant réduire sa définition à la seule résolution des situations de déséquilibre nées lors de l'exécution du contrat. L'équilibre économique dépasse cette seule fonction de rééquilibrage des relations contractuelles tout comme il relativise le principe qui lui est rattaché du droit financier détenu par le concessionnaire à son maintien. Aussi, la définition de l'équilibre économique des concessions de service public a pu autrement se manifester par la définition d'un mode de rémunération ou encore par la présence de risques et périls. Mais le constat est celui de l'incapacité de définir en réalité l'équilibre économique de la concession de service public par une notion particulière. Cette insuffisance soulève la problématique de l'hétérogénéité des composantes de l'équilibre économique de ce contrat et de la nécessité de le définir par la mécanique permanente existant entre elles. Pour résoudre cette équation à plusieurs inconnues, il convient de reconsidérer l'équilibre économique comme un objet économique et d'en saisir les multiples incidences. Cette occasion est donnée avec la refonte substantielle du régime juridique applicable à toutes les concessions en droit européen et par l'imprégnation des considérations liées au marché. La rénovation de l'équilibre économique des concessions de service public a alors deux objectifs. Elle suggère d'abord une actualisation de la définition de l'équilibre économique à l'aune de la référence faite au risque d'exploitation. L'avènement du risque d'exploitation doit conduire à une définition de l'équilibre économique non exclusive d'autres composantes, mais au contraire révélant la complexité de leur constante interconnexion. Puis, elle impose de réintroduire positivement des données économiques telles que la rentabilité et le profit pour que les personnes publiques puissent en maitriser l'existence et en rationaliser les effets.

Mots-clés : *Contrat administratif, concession, service public, équilibre économique, définition, risque, rémunération du concessionnaire, profit, théorie générale des contrats, déséquilibre, facteurs d'équilibre*.

The definition of the economic equilibrium of concession contract

The economic equilibrium of concession contract's historical French definition demonstrated through principals drawn from public contract theory. However, this definition reduced the influence of the equilibrium to the contract imbalances. The economic equilibrium definition goes beyond the co-contractor rights to exploit the public service. In addition, the economic equilibrium definition has related to a remuneration model or to co-contractor's risk. Nevertheless, each time it occurs, it is an unsuccessful try to reveal a thorough definition of the economic equilibrium of concession contract. To resolve the complex equation, it is necessary to use the heterogeneous characteristics in concession contract and to notice the global mechanic among them. The recent concession contract reform in Europe is an opportunity to. First, the definition review should take into account the concept of operating risk and integrating so the interconnectedness of the many factors that characterize concession contract. Then, the definition review should require introducing the economics as aims to make profit and market conditions to streamline the use of the economic equilibrium of concession contract and its effects in contractual relationship.

Keywords: *Public contract, concession contract, public services, economic equilibrium, definition, concession contractor remuneration, profit, Public contract theory, imbalance, equilibrium factors*.