

Biens mobiliers et délégation de service public, la nécessité d'un suivi attentif des conventions par les autorités délégantes

La question des biens dans les contrats de DSP peut donner lieu à d'importants litiges entre les parties sur la revendication de la propriété. La décision Commune de Douai, qui est venue clarifier l'identification des biens de retour, ainsi que les nombreux commentaires qui en ont découlé témoignent du vif intérêt que représente le sujet. Toutefois la question spécifique des meubles au sein des conventions de DSP apparaît souvent ignorée ou minorée, alors qu'elle représente pour les personnes publiques délégantes un intérêt stratégique et financier non négligeable.

L'identification des biens meubles au sein d'une délégation de service public (DSP) se fait en s'inspirant des règles issues des articles 528 et suivants du Code civil. Sans viser expressément les articles du Code civil, le juge administratif se fonde principalement sur le caractère mobile du bien en opposition avec l'immeuble⁽¹⁾.

Il est difficile de recenser, ou même de définir, les biens meubles qui peuvent intervenir au sein d'une convention de DSP. Il peut s'agir d'un ensemble d'équipements non immobiliers mis à la disposition du délégataire pour qu'il exploite le service, ou faire l'objet d'une acquisition, voire d'une fabrication, par le cocontractant. Enfin, ils peuvent être l'objet même de la délégation, lorsqu'il s'agit, par exemple, de l'exploitation d'un musée exposant une collection publique. En parallèle de ces biens meubles matériels, il ne faut pas oublier de mentionner les biens incorporels comme une marque ou un nom de domaine internet.

Ainsi la diversité des biens devant être pris en considération au sein des conventions de DSP apparaît quasi infinie. Pourtant, et de manière assez surprenante, le contentieux en la matière apparaît relativement pauvre, voire inexistant, à côté de l'abondance de décisions ayant trait aux biens immobiliers.

Par sa décision Commune de Douai⁽²⁾, le Conseil d'État, dans un considérant de principe, instaure une règle générale relative aux biens qu'ils soient mobiliers ou immobiliers. Toutefois, il convient d'aller plus loin pour déterminer si le caractère mobilier du bien va avoir des incidences juridiques sur la propriété, ainsi que sur la manière dont il doit être appréhendé par les parties dans la convention.

Auteur

François Lehoux
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Biens de retour • Critère de la nécessité • Domaine public
• Fonctionnement du service public

(1) Pour un exemple récent : CAA Nantes 29 décembre 2014, Mme A, req. n° 13NT01048.

(2) CE Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788, CP-ACCP, n° 131, avril 2013, p. 79, note J-F Sestier.

Il apparaît que les biens mobiliers ne peuvent bénéficier de la protection accordée à la domanialité publique que dans de rares hypothèses, et que l'enjeu se situera au niveau de leur qualification en bien de retour, notamment au regard de leur rapport avec le service public.

La qualification du mobilier en bien de retour dans les conventions de DSP

La détermination de la propriété du bien mobilier va procéder de son assimilation, ou non, à un bien de retour. Or, bien que la jurisprudence semble l'assimiler au régime des biens immobiliers en s'articulant sur le critère de la nécessité, le caractère mobilier offre une plus grande liberté aux parties pour en fixer le régime juridique.

L'émergence du critère prétorien de la nécessité au regard du service, indifférent au caractère mobilier du bien

Le régime juridique des biens mobiliers apparaît souvent éclipsé par celui des biens immobiliers, qui peut représenter un attrait supérieur au regard de son importance financière pour les autorités déléguées.

Dans un avis de 2005, la section des travaux public du Conseil d'État donnait la définition suivante du bien de retour : « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées [...qui] appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention »^[3]. En réservant la qualification de biens de retour à ceux qui étaient édifiés sur le domaine public, le Conseil d'État écarte de fait les biens mobiliers qui, de par leur nature, ne sont pas édifiés. Toutefois, cette absence ne vaut pas exclusion.

Ainsi, dans sa décision Commune de Douai, le juge administratif est venu compléter sa définition en proposant un considérant de principe indifférent au caractère mobilier ou immobilier du bien. Le juge, tout en laissant une liberté contractuelle aux parties, vient clarifier l'identification du bien de retour en prenant en considération sa nécessité au regard du service : « 2. Considérant, en premier lieu, que, dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique »^[4].

Ce considérant est maintenant appliqué par l'ensemble des juridictions^[5]. Ainsi, dans le silence du texte, le juge déterminera, *in concreto*, la propriété au regard du caractère nécessaire du bien dans le fonctionnement du service public.

Une exception à ce principe doit ici être évoquée, le retour gratuit à l'autorité délégante du bien ne trouve pas à s'appliquer « lorsque le délégataire en était propriétaire antérieurement à la passation de la convention et qu'il les a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci »^[6]. Cette exception est susceptible de concerner, plus particulièrement, les biens mobiliers. En effet, l'on peut considérer que ne serait pas concerné l'ensemble des biens mobiliers possédés préalablement par le délégataire et utilisés pour l'exécution de la mission de service public. Cette exception s'efface bien évidemment dans l'hypothèse où l'amortissement du bien est effectué au sein de l'activité déléguée. La situation peut ainsi être délicate si un bien est mis à disposition par la maison mère du délégataire et que la société *ad hoc* s'acquitte d'une indemnisation laquelle, sur la durée de la convention, est équivalente à sa valeur.

Mais c'est le critère même de la nécessité pour l'exécution du service qui peut soulever de véritables difficultés en cas de litiges. Pour les biens immobiliers, la question se pose peu, car il s'agit souvent d'ouvrages spécialement aménagés, qui sont le siège même de l'exécution du service public.

En revanche, pour les biens mobiliers, plus facilement remplaçables, le caractère nécessaire apparaît plus discutable ou sujet à controverse. Ainsi, à l'occasion de la fin d'un contrat d'exploitation (dont le raisonnement et l'apport peuvent être transposables à la DSP) ; le juge s'est penché sur la qualification d'un lot de pièces de rechange et, après avoir constaté son utilité au cours de la relation contractuelle, a fini par considérer que celui-ci n'est plus nécessaire à la date de fin du contrat^[7].

Dans un tout autre domaine, le Conseil d'État a considéré que les équipements d'une salle de remise en forme ainsi que ceux nécessaires à l'activité d'« aquacycle »^[8] devaient être considérés comme nécessaires au service public et revenir sans indemnité à l'autorité délégante

[5] Pour des applications plus récentes de la décision Commune de Douai : CE 27 février 2013, Ministre du Budget, req. n° 337634.

[6] CAA Lyon 28 février 2013, Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais, req. n° 12LY01332.

[7] CAA Nantes 10 janvier 2014, SMITRED, req. n° 11NT03077 : « 6. Considérant, en deuxième lieu, que le SMITRED Ouest d'Armor n'est pas fondé à soutenir qu'en raison de la nature des biens qui le constituent, le stock de pièces de rechange devait lui revenir sans indemnisation en fin d'exploitation, dès lors que, si tel aurait pu être le cas des biens créés ou acquis par l'exploitant au cours de l'exploitation et qui sont nécessaires au fonctionnement du service, il ne résulte pas de l'instruction que le stock de pièces de rechange en cause en l'espèce devait être regardé, à la date où le contrat a pris fin, comme nécessaire au fonctionnement de l'usine de Pluzunet ».

[8] CE 5 février 2014, Stés Equalia et Polyxo, req. n° 371121.

[3] CE Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371234.

[4] CE 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788.

à la fin de la convention. Cette décision est particulièrement intéressante et illustre les difficultés que peuvent rencontrer les magistrats pour déterminer la place et le rôle d'un bien matériel dans une activité de service public. La qualification des biens de retour avait notamment été contestée du fait qu'ils participaient à une activité accessoire non prévue au contrat initial. Le juge administratif a relevé que le développement de l'« aquacycle » avait fait l'objet d'une acceptation de la part du délégant au titre des améliorations qu'il devait proposer en application du contrat. Par conséquent, il a considéré que l'activité entrainait dans le périmètre du service public délégué et que le retour de ces biens était de droit et sans indemnité.

Ainsi, les personnes publiques délégantes ont tout intérêt à apporter un soin particulier au suivi de l'activité de leur délégataire, pour identifier l'ensemble des biens mobiliers qui, selon la jurisprudence, lui appartiennent *ab initio*.

Une propriété publique du bien meuble dans la convention pouvant être aménagée par les parties sous réserve de l'intervention du législateur

Comme le souligne le Conseil d'État dans une récente décision, le principe dégagé par la décision Commune de Douai⁽⁹⁾ vaut dans le silence des textes et les parties peuvent en disposer autrement. Ainsi, le retour automatique et gratuit des biens de retour s'exerce « sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public »⁽¹⁰⁾.

Toutefois, cette liberté contractuelle est souvent limitée par les règles de la domanialité publique lorsque sont concernés des ouvrages construits sur une propriété publique, participant au service public et aménagés en ce sens⁽¹¹⁾. Ce qui est plus rare en matière de meuble du fait du caractère restrictif de leur acceptation dans le domaine public (cf. seconde partie). De ce fait, les biens meubles peuvent plus facilement faire l'objet d'un aménagement contractuel.

Il est à noter que cette faculté de déroger au retour des biens mobiliers peut représenter une opportunité pour la personne publique délégante. Si le principe posé par la décision Commune de Douai peut paraître protecteur, il peut avoir pour conséquence de laisser à la personne

publique un bien, certes nécessaire, mais qui peut être en fin de vie, désuet, ou non adapté à l'évolution du service souhaitée à l'occasion de la passation d'une nouvelle convention de DSP.

Enfin, selon une récente décision, « cette liberté contractuelle (de déroger au principe du retour) ne peut s'appliquer lorsque la loi a fixé le régime de propriété de tels ouvrages »⁽¹²⁾. Dans cette affaire, il a été considéré que les compteurs électriques « linky » ne pouvaient contractuellement demeurer la propriété d'ERDF à la fin de la concession du fait qu'ils font partie intégrante du « branchement » qui, au sens du Code de l'énergie, est propriété de la personne publique. Ainsi, le juge n'hésite pas à écarter l'application de certaines stipulations, en considérant que les articles évoqués « du cahier des charges en tant qu'ils fixent le régime de propriété des compteurs Linky sont contraires aux dispositions légales précitées ».

La détermination de la propriété du bien meuble s'articule autour de la notion de bien de retour. En revanche, elle ne préjuge pas de la protection accordée à cette propriété, notamment au regard de l'application de la domanialité publique des biens meubles au sein d'une DSP.

Une protection de la propriété reposant sur la vigilance du délégant en l'absence de domanialité publique

Le régime très protecteur de la domanialité publique ne peut jouer qu'à la marge en matière de meuble dans les DSP. Aussi, la protection de ce patrimoine nécessitera de la part du délégant l'instauration de véritables mécanismes de contrôle au sein même de la convention de DSP.

Une domanialité publique des biens meubles relativement étrangère aux DSP

Dans son immense majorité, le domaine public concerne les biens immobiliers. Les biens meubles susceptibles d'entrer au domaine public font l'objet, à l'article L. 2112-1 du CG3P, d'une liste relevant plus de l'« inventaire à la Prévert » que d'une véritable définition. *Grosso modo*, entrent dans cette catégorie les biens ayant une valeur patrimoniale en raison de leur rareté, de leur intérêt historique ou culturel.

L'appartenance du meuble au domaine public permet de protéger la propriété du bien en le rendant inaliénable et imprescriptible. Cette protection est particulièrement souhaitable pour des objets qui peuvent circuler facilement. Pour une illustration frappante de l'intérêt de la qualification, il faut relever ici une décision dans laquelle le juge judiciaire fait échec à la règle civiliste issue de l'article 2279 du Code civil qui veut qu'en matière de meuble, la possession vaut titre, « la catégorie des biens mobiliers communaux qui appartiennent au domaine

(9) Arrêt précité.

(10) CE 5 février 2014, Stés Equalia et Polyxo, req. n° 371121, précité.

(11) Pour une application récente, CAA Lyon 16 décembre 2014, Société d'équipement de Villard-de-Lans et de Corrençon-en-Vercors, req. n° 13LY03454 : « Considérant que, lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent, de ce fait, du régime de la domanialité publique ».

(12) CAA Nancy 12 mai 2014, M. E, req. n° 13NC01303.

public, lorsque leur conservation et leur présentation au public sont l'objet même du service public communal, et dont, en raison de cette appartenance qui ne soulève aucune difficulté sérieuse, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité font obstacle à l'application des dispositions de l'article 2279 du Code civil, la chambre d'accusation n'a pas donné une base légale à sa décision »^[13].

Mise à part cette hypothèse particulière, où le service public délégué a pour objet la valorisation d'une collection publique, comme un musée, la rencontre entre bien mobilier du domaine public et DSP demeure limitée. Ainsi, comme peut le regretter le Professeur Yolka, le domaine public mobilier demeure le « mal-aimé »^[14].

Il ne faut donc pas s'étonner que la décision Commune de Douai^[15] ne traite de la domanialité publique des biens de retour que sous l'angle de l'immeuble : « 3. Considérant, d'une part, que, lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service, sont établis sur la propriété d'une personne publique, ils relèvent de ce fait du régime de la domanialité publique ».

Tout naturellement, le juge administratif, saisi d'une contestation sur la qualification d'un bien mobilier, ne pourra que constater que celui-ci, indépendamment des questions de propriété, n'est pas partie intégrante du domaine public. On peut notamment citer, pour exemple, une décision de la cour administrative d'appel de Paris, confirmée ensuite par le Conseil d'État, où il était considéré « que les biens mobiliers que constituent les équipements informatiques et les postes de commande susmentionnés, alors qu'il n'est pas établi que leurs caractéristiques différencieraient de celles de biens semblables utilisés pour faire fonctionner la centrale frigorifique du système de climatisation d'un ensemble de bâtiments appartenant à une personne privée, ne peuvent être regardés comme faisant partie du domaine public d'Aéroports de Paris »^[16].

En l'absence d'intégration au domaine public, la question de la protection des biens mobiliers dans les DSP demeure une question centrale dont les autorités délégantes doivent se saisir.

Une absence de protection nécessitant une veille de l'autorité délégante

Il s'agit ici d'une question véritablement délicate, dans la mesure où les biens meubles par nature mobiles ne sont pas sous la garde directe de la personne publique, mais de son délégataire. En l'absence de domanialité

publique, le délégant ne peut bénéficier de la protection de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.

Il apparaît alors nécessaire que la personne publique veille, dès la passation de la convention de la DSP, à dresser et annexer la liste de l'ensemble des biens meubles tout en précisant les modalités de propriétés qui y sont attachées.

L'attention de la personne publique doit se poursuivre par le suivi de la convention de DSP. Un outil essentiel, qui doit être utilisé pleinement, est le rapport annuel du délégataire. En application de l'article L. 1411-3 du CGCT, celui-ci comprend obligatoirement un « inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué »^[17]. L'importance de l'outil est à souligner, dans la mesure où il va donner un état des lieux de l'amortissement des biens. C'est sur cette base que se fera l'indemnisation du délégataire en cas de rupture anticipée de la convention. Or, en l'absence d'un tel document, la personne publique pourrait être lésée.

Il faut d'ailleurs souligner que, dans leur mission de contrôle, les chambres régionales des comptes critiquent souvent le manque de suivi de l'état des biens au sein d'une convention de DSP^[18]. Dans certains cas, ce défaut de vigilance peut conduire à des situations où le délégataire procédera à des cessions de biens de retour appartenant *ab initio* au délégant^[19], sans que celui-ci puisse en être informé.

En contrepartie, les personnes publiques ne sont pas totalement démunies, en cas de litige elles peuvent saisir le juge des référés pour exiger la restitution du bien de retour mobilier. Ainsi, selon une récente décision du Conseil d'État, « la restitution par le délégataire de biens de retour est au nombre des mesures utiles et urgentes qui peuvent être prises sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative afin d'assurer la continuité du service public et son bon fonctionnement »^[20].

En conclusion, le régime de propriété des biens meubles au sein des conventions de DSP a été clarifié par le juge, mais les parties demeurent libres d'en stipuler d'autres modalités. La protection de ces biens ne repose pas tant sur leur statut juridique que sur le suivi qui doit assurer la personne publique de sa DSP en veillant notamment à la production - et à la qualité - du rapport annuel fourni par son cocontractant.

[13] Cass. crim. 16 juin 1992, n° 91-86.829 92-80.418.

[14] P. Yolka, « Les meubles de l'administration », *AJDA* 2007, p. 964.

[15] Précité.

[16] CAA Paris 18 octobre 2001, SADE CGTH, req. n° 99PA01005 ; décision confirmée par le Conseil d'État : CE 28 mai 2004, SADE CGTH, req. n° 241304.

[17] CGCT, art. R. 1411-7 g).

[18] CRC Bourgogne, Commune de Paray-le-Monial, janvier 2011 : « l'état descriptif des biens de la délégation est mentionné en annexe 3 à la convention signée en 2006 avec la société Avenance. Toutefois cet état ne précise ni la date d'acquisition des biens, ni leur valeur comptable, ni le montant des amortissements pratiqués », www.ccomptes.fr/content/download/19292/306625/version/2/file/FCR2010-05.pdf.

[19] CRC Centre, SEM de Vierzon, octobre 2010 : « A cet égard, il y a lieu de rappeler que le compte rendu à la collectivité ne mentionnait pas les biens qui seraient vendus », www.ccomptes.fr/content/download/16897/266775/version/3/file/CER2010016.pdf.

[20] CE 5 février 2014, Stés Equalia et Polyxo, req. n° 371121.