

Le sujet du mois :

Délégation de service public : les modalités financières de restitution anticipée des biens de retour

L'indemnisation du délégataire, lors de la restitution anticipée au délégant des biens de retour, est une problématique fréquente des délégations de service public.

On rappellera, en premier lieu, ce que sont les biens de retour (1.) avant de préciser les modalités financières de restitution anticipée de ces biens au concédant (2.).

1. La notion de bien de retour : entre conception objective et liberté contractuelle

De manière traditionnelle, les biens de retour sont définis comme « *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* » (CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371.234).

La doctrine relève, toutefois, « *les tiraillements affectant la jurisprudence, en matière de biens de retour, entre une approche objective de ceux-ci, découlant des règles du service public, et la reconnaissance de la liberté contractuelle des parties* » (Eckert G., *Contrats et Marchés publics*, n°6, juin 2012, comm.195).

Et la doctrine, elle non plus, n'est pas exempte de « tiraillements ».

En effet, s'oppose la logique du « tout contractuel » selon laquelle « *les « biens de retour » sont ceux qui, en vertu des clauses du cahier des charges, doivent revenir obligatoirement à l'autorité concédante à l'expiration du contrat de concession* » (Dufau J., *Le domaine public*, Ed. Le Moniteur, point 42, p.40) et, une conception objective des biens de retour selon laquelle « *les biens de retour sont des biens, le plus souvent immobiliers, considérés comme indispensables à la réalisation de la délégation, à l'exercice de l'activité de service public. Le point de vue est objectif* » (Guglielmi J. et Koubi G., *Droit du service public*, Montchrestien, 3e éd., point 963).

En application de la théorie objectiviste, « *les biens destinés à l'exploitation du service public, acquis en cours d'exploitation, [...] nécessaires à son fonctionnement ne peuvent être inscrits à l'inventaire [...] de la convention relatif aux biens appartenant à l'exploitant* » (Vinet C., Rapporteur public, Conclusions sous CAA Lyon, 16 février 2012, *Société Télépente des Gets*, req. n° 10LY02315).

D'une manière générale, le juge considère en premier lieu les dispositions contractuelles, afin de déterminer si les biens en cause y sont, ou non, qualifiés de biens de retour. Dans le silence des dispositions contractuelles, le juge revient à la définition fonctionnelle des biens de retour, à savoir des biens indispensables à l'exercice du service public.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Douai, dans une affaire concernant le réseau de distribution d'électricité, après avoir constaté que certains biens étaient expressément qualifiés par la concession de biens de retour, juge que « *s'agissant des autres immeubles, ceux-ci constituent des biens de retour sous réserve qu'ils soient indispensables à l'exploitation constituée par l'activité de distribution* » (CAA Douai, 30 juin 2010, *Société Electricité Réseau Distribution de France (ERDF)*, req. n° 08DA01191).

Par ailleurs, il convient de relever un arrêt, remarqué, par lequel la Cour administrative d'appel de Lyon a jugé qu'un bien (un téléski en l'espèce) acquis par une personne privée, laquelle s'est ultérieurement vu confier la mise en œuvre d'un service public qui lui permettait d'exploiter à des fins commerciales le bien qu'elle avait antérieurement

acquis, ne pouvait de fait, de part sa simple exploitation pour le service public, être constitutif d'un bien de retour et être propriété de la commune dès l'origine, eu égard, à la nécessité de respecter le droit de propriété.

La Cour administrative d'appel a ainsi jugé que « *si les règles qui gouvernent les concessions de service public imposent que les biens nécessaires au fonctionnement du service public appartiennent à la collectivité concédante dès l'origine, ce principe ne trouve pas nécessairement à s'appliquer à toute convention d'exploitation d'un équipement, lorsque le délégataire en était propriétaire **antérieurement** à la passation de la convention et qu'il l'a seulement mis à disposition pour l'exécution de celle-ci ; que si lesdits biens sont nécessaires à l'exploitation du service, il appartient toutefois à la collectivité, afin de garantir sa continuité au terme de la convention, de se réserver la faculté pour elle d'en faire l'acquisition* ».

Et la Cour de conclure que « *le transfert de propriété ne pouvant s'opérer tacitement, le télésiège de la Turche demeurait ainsi la propriété de la société lorsque la convention litigieuse a été passée ; que l'article 10 de la convention qui qualifie de bien de reprise le télésiège de la Turche et prévoit qu'il peut être acquis par la collectivité, sans que le concessionnaire puisse s'y opposer, moyennant une indemnité correspondant à la valeur vénale, a ainsi pour objet de garantir la pérennité du service public sans pour autant porter atteinte au droit de propriété* » (CAA Lyon, 16 février 2012, *Société Télépenne des Gets*, req. n° 10LY02315).

D'une manière générale, les biens de retour, indispensables au fonctionnement du service public et propriété du concédant *ab initio*, sont réalisés par le concessionnaire dans le cadre de l'exécution de la concession de service public. Ils peuvent également être acquis par le concessionnaire, toujours dans le cadre de l'exécution du contrat de concession.

Toutefois, dans ce dernier cas, on peut s'interroger sur les éventuelles modalités procédurales de reconnaissance de cette propriété *ab initio* du concédant, notamment dans l'hypothèse où sont en cause des biens immobiliers (tels que des terrains) pour lesquels le concessionnaire dispose d'un titre de propriété.

A cet égard, les textes sont muets.

Les juridictions, pour leur part, semblent considérer que la simple mention dans le contrat de concession du caractère de « bien de retour » d'un bien suffit à établir la propriété du concédant sur ce bien. Elles ne semblent, ainsi, pas exiger qu'un acte publié au fichier immobilier démontre la propriété du concédant sur ce bien pour en tirer toutes les conséquences (*cf.* en ce sens, pour les juridictions administratives, CE, 25 septembre 2009, *Commune de Val d'Isère*, req. n° 307368 ; pour les juridictions judiciaires, Cass., Civ. 3e, 28 janvier 2009, *Société d'économie mixte bordelaise des équipements publics d'exposition et de congrès (la SBEPEC)*, pourvoi n° 07-20891).

Dès lors, quand bien même les biens objets d'une restitution anticipée auraient été acquis par le concessionnaire dans le cadre de la concession, dès lors qu'ils sont expressément indiqués dans ce contrat comme étant des biens de retour, ou bien qu'ils sont objectivement indispensables au service public, ils doivent être considérés comme étant propriétés du concédant dès leur acquisition (par le concessionnaire au titre de la concession).

En pratique, il paraît prudent de spécifier dans le contrat de concession que les actes ou contrats d'acquisition de biens – acquis par le concédant au titre de la concession et qui, eu égard à leur utilisation, sont constitutifs de biens de retour – devront comporter une mention expresse réservant les droits du concédant sur lesdits biens au titre de la concession. De même, il est opportun en pareil cas, lors de la restitution des biens, que le concédant obtienne du concessionnaire le titre de propriété ou l'acte d'acquisition desdits biens (ou une copie certifiée conforme de ces documents).

De manière plus générale, s'agissant du constat de la restitution des biens de retour, il

paraît opportun d'établir un procès-verbal contradictoire listant le ou les biens concernés par le retour anticipé voire, notamment dans l'hypothèse où le retour anticipé est causé par la résiliation de la concession, de conclure un protocole de fin de contrat lequel pourra réaliser un inventaire des biens (biens de retour mais aussi bien de reprise et bien propres) et préciser les conditions d'indemnisation du concessionnaire au titre de ces biens.

En effet, si le principe est la restitution gratuite des biens de retour en fin de contrat, en cas de restitution anticipée de ces biens le concessionnaire a droit au versement d'une indemnité.

2. Les modalités financières de restitution anticipée des biens de retour

Les conflits sur le caractère objectif ou subjectif de la notion de biens de retour ne sont donc pas que pure théorie ; de la qualification du bien - en tant que bien de retour ou autres - dépend son régime d'indemnisation.

Ainsi, la question de l'indemnisation du concessionnaire lors d'une éventuelle restitution anticipée au concédant des biens de retour est récurrente. Et la position de la jurisprudence sur ce point est constante.

Le Conseil d'Etat a jugé, dans un important avis, que les biens de retour reviennent au concédant soit gratuitement, à l'expiration de la concession de service public, soit en contrepartie d'une indemnité égale à la valeur nette comptable de ces biens, dès lors que la concession a cessé de manière anticipée :

*« L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service [...] appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour **gratuitement** à l'expiration de la convention. [...]*

Si la convention n'est pas arrivée à son terme, la collectivité délégante peut obtenir un retour anticipé des biens en prononçant la résiliation de la délégation mais à des conditions qui varient selon la nature de la délégation.

*[...] Dans le cas où la résiliation anticipée de la concession est possible, le concessionnaire n'a droit à être indemnisé qu'au titre de ses investissements non amortis, évalués à leur valeur nette comptable sous la réserve déjà indiquée [à savoir que cette valeur ne soit pas supérieure à la valeur réelle du bien] » (CE, Avis, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, n° 371.234 ; cf. également, CE, 5 juillet 1967, *Commune de Donville-les-bains Manche*, req. n° 60931 & 60956).*

Les juges du fond rappellent volontiers ces principes jurisprudentiels et en tirent toutes les conséquences.

Ainsi, en vertu de ces principes, *« toute clause qui stipulerait une indemnisation supérieure à la valeur nette comptable est illégale »* (TA Grenoble, 27 mars 2012, *SIVU Domaine skiable Les Houches Saint-Gervais et Préfet Haute-Savoie*, req. n° 1104951 & 1200150, *Contrats et Marchés publics*, n°6, Juin 2012, comm.195).

S'agissant des modalités de calcul de l'indemnité dont pourra bénéficier le concessionnaire lors d'une restitution anticipée des biens de retour au concédant, on relèvera que, dans l'hypothèse où ces biens n'ont fait l'objet d'aucun amortissement, le calcul de l'indemnité ne peut être supérieur à la valeur réelle des biens. Et la valeur réelle des biens doit être déterminée *« en tenant compte de la dépréciation subie par ces biens du fait de l'usure et de toute autre chose »* (CE, 6 février 1981, *Commune de Saint-Georges de Didonne*, req. n° 19215).

En tout état de cause, il y a lieu de rappeler que la restitution des biens de retour, y compris de manière anticipée, s'entend d'une remise desdits biens en bon état d'entretien. A défaut, les frais de remise en état des biens de retour pèsent sur le concessionnaire (cf. à titre d'exemple en ce sens CAA Nantes, 14 mai 2004, *Ville de Caen*, req. n° 99NT01444).

Il ne semble pas que la jurisprudence applique une quelconque restriction au type de biens de retour dont la restitution anticipée est susceptible d'être indemnisée.

En effet, le Conseil d'Etat a jugé que lorsque des concessions ont été dénoncées avant leur terme et en l'absence de la société concessionnaire, cette dernière « *a le droit d'être indemnisée à hauteur de la valeur non amortie des investissements qu'elle a financés* » (CE, 20 mai 1994, *Société Le gardiennage industriel de la Seine*, req. n° 66377 & 66401). Et, à ce titre, tout type d'« *apport en capital* » est susceptible d'être indemnisé.

Ainsi, il y a tout lieu de penser que l'acquisition de biens, quels qu'ils soient, par le concessionnaire – plus précisément de biens de retour pour ce qui nous occupe – constitue un investissement ou un apport en capital devant être indemnisé lors de toute fin anticipée d'un contrat de concession.

Enfin, le Conseil d'Etat a étendu le principe d'indemnisation, à hauteur de la valeur nette comptable, des biens de retour et plus généralement des investissements réalisés, à différentes hypothèses de fin anticipée d'un contrat de concession.

En effet, au-delà de la cessation anticipée d'une concession résultant d'une résiliation, le même principe d'indemnisation des biens de retour s'applique à l'hypothèse où la concession est frappée de nullité (CE, 16 novembre 2005, *Commune de Nogent-sur-Marne*, req. n° 262360 ; cf. dans le même sens, CAA Lyon, 22 octobre 2009, *Société Prodith*, req. n°07LY01625).

Plus encore, ce même principe s'applique également dès lors que la cessation du contrat avant amortissement complet des biens de retour n'est liée ni à une résiliation, ni à la nullité du contrat, mais à un choix contractuel délibéré des parties.

En effet, le Conseil d'Etat a récemment jugé dans un arrêt remarqué que les dispositions de l'article L.1411-2 du Code Général des Collectivités Territoriales, qui limitent la durée des délégations de service public et imposent que la détermination de cette durée tienne compte de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, « *n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat* ».

Le Conseil d'Etat en tire pour conséquence que la délégation de service public « *pouvait légalement prévoir le montant de l'indemnisation due au titre des investissements non encore amortis au terme du contrat* » (CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, req. n° 352417).

Ainsi, les parties peuvent prévoir une durée du contrat inférieure à sa durée d'amortissement, ce qui implique nécessairement que les biens de retour soient restitués au concédant avant leur complet amortissement et, par conséquent, que le concessionnaire soit indemnisé à ce titre, à hauteur de la valeur nette comptable de ces biens.

Le Commissaire du Gouvernement, Monsieur Boulouis, note à cet égard que si « *on peut il est vrai s'étonner qu'il soit possible de déterminer 20 ans à l'avance la valeur exacte de l'indemnité de rachat [...] il s'agit d'un calcul comptable qui ne préjuge pas de l'état des biens qui doivent être remis en bon état d'entretien et de fonctionnement* » (Boulouis N., Conclusions sous CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération de Chartres Métropole*, req. n° 352417).

On relèvera, enfin, s'agissant de la faculté contractuelle des parties d'organiser les modalités d'amortissement des biens, que le Conseil d'Etat avait d'ores-et déjà jugé que « *seul un concessionnaire qui est dans l'obligation d'abandonner sans indemnité ses équipements et installations à la collectivité concédante à l'expiration de la durée de la concession peut pratiquer des amortissements de caducité sur ces immobilisations en fonction de la durée de la concession* » (CE, 14 janvier 2008, *Société Sogeparc France*, req. n° 297541).

Dès lors, dans l'hypothèse où la durée de la concession est inférieure à la durée d'amortissement des biens, la faculté pour le concessionnaire de pratiquer des amortissements de caducité ne peut pas se cumuler avec une indemnisation du concessionnaire au titre du non amortissement complet des biens de retour ; il devra ainsi choisir entre indemnité ou amortissement de caducité.

Ainsi, la restitution anticipée au concédant de biens de retour – restitution qui peut intervenir dans l'une des hypothèses sus-évoquées, mais également en cours d'exécution du contrat de concession, à titre d'exemple, pour un seul bien et à la demande du concessionnaire qui constate que le bien ne va plus être affecté au service public – ouvre droit pour le concessionnaire à la perception d'une indemnité égale à la valeur nette comptable dudit bien, dès lors que celui-ci a bien été identifié comme étant un bien de retour.

Céline RECORD