

Recueil Dalloz 2013 p. 252

Délégation de service public : régime des biens de retour

Arrêt rendu par Conseil d'Etat  
ass.

21 décembre 2012  
n° 342788

Sommaire :

Par un arrêt d'assemblée du 21 décembre 2012, *Commune de Douai*, le Conseil d'Etat se prononce sur la qualification à donner aux biens entrant dans le périmètre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux, et précise les modalités financières selon lesquelles l'autorité déléguante peut entrer en possession de ces biens à l'issue du contrat  (1).

**Demandeur :** Commune de Douai

**Texte(s) appliqué(s) :**

Code général des collectivités territoriales - art. L. 1311-2

Code général de la propriété des personnes publiques - art. L. 2122-6

**Mots clés :**

SERVICE PUBLIC \* Délégation \* Bien de retour \* Régime

(1) Ces questions classiques ont connu un certain renouvellement du fait de l'évolution du régime de la domanialité publique et présentent une grande actualité à l'heure où de nombreuses collectivités tendent à reprendre en régie la gestion de services publics parfois délégués depuis plusieurs dizaines d'années.

Longtemps, les parties ont pu qualifier librement dans la convention de délégation les biens gérés par le délégataire comme biens de retour ou biens de reprise. Les biens de retour, nécessaires au fonctionnement du service public délégué, sont considérés comme appartenant *ab initio* à l'autorité déléguante et resteront entre ses mains à l'issue de la convention. Les biens de reprise sont la propriété du délégataire pendant la durée de la délégation, mais, parce qu'ils sont utiles au fonctionnement du service public, l'autorité concédante peut, de manière unilatérale, décider d'en acquérir la propriété à l'issue du contrat.

L'arrêt *Commune de Douai* apporte une limite à la liberté reconnue aux parties pour déterminer la qualification des biens entrant dans le périmètre de la délégation. Rappelant que « dans le silence de la convention » l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service public constituent des biens de retour, il précise que « lorsque de tels ouvrages sont établis sur la propriété d'une personne publique », constituant les « aménagements indispensables à l'exécution des missions de ce service » de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ils relèvent du domaine public de la personne en cause et ne peuvent ainsi être qualifiés de biens de reprise appartenant au délégataire.

La liberté des cocontractants se limite donc désormais à déterminer la qualification des biens

nécessaires au fonctionnement du service qui ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, d'une part, et des biens qui ne sont pas indispensables - ce qui est synonyme de nécessaire dans la rédaction de l'arrêt - au fonctionnement du service, lesquels sont des biens de reprise dans le silence de la convention, d'autre part.

Cette solution, préfigurée par *a contrario* dans un arrêt du 21 avril 1997 (CE 21 avr. 1997, n° 147602, RDI 1997. 418, obs. J.-B. Auby et C. Maugué  ; RFDA 1997. 935, note E. Fatôme et P. Terneyre ) à propos de la qualification d'ouvrages non nécessaires au service public, puis positivement dans un avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat du 19 avril 2005 (n° 371234, AJDA 2006. 1371, étude N. Symchowicz et P. Proot ) à propos d'ouvrages de remontées mécaniques, a été critiquée au motif qu'imposer la qualification de bien de retour - et donc le régime de la domanialité publique - à de tels biens en entraverait le financement en interdisant, par application du principe d'inaliénabilité du domaine public, de les apporter en garantie, que ce soit par exemple dans le cadre d'un nantissement, d'une hypothèque, de la mise en place d'un crédit-bail (E. Fatôme et P. Terneyre, préc. ; J.-F. Sestier, BJCP 2006. 327 ; V. aussi L. Vidal, Contrats publics, nov. 2011. 29).

Mais force est de constater que ces arguments ont perdu leur portée avec l'évolution du régime de la domanialité publique. L'introduction en 1988 du bail emphytéotique public (art. L. 1311-2 CGCT) puis, à partir de 1994, des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels administratifs permettent désormais de constituer des droits réels sur le domaine public, droits réels administratifs conférant à leur titulaire, si ce n'est la propriété des biens visés, du moins « les prérogatives et obligations du propriétaire » (art. L. 2122-6 CGPPP et art. L. 1311-5 CGCT) et rendant ainsi possible la mise en place de mécanismes classiques de financement. Aussi bien d'ailleurs le présent arrêt vise-t-il expressément ces dispositions, ainsi applicables aux biens de retour.

L'obstacle juridique à la qualification systématique des biens nécessaires au fonctionnement du service établis sur une propriété publique comme bien de retour étant ainsi levé, il apparaît qu'une telle qualification s'avère par ailleurs souhaitable pour encadrer les conditions financières dans lesquelles les biens de la délégation sont susceptibles de retourner entre les mains de l'autorité concédante en fin de contrat.

C'est relativement à cette question que la seconde partie de l'arrêt *Commune de Douai* présente un intérêt plus particulier, appliquant au domaine propre des délégations le principe développé récemment par le Conseil constitutionnel selon lequel « le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques (...) font obstacle à ce que des biens faisant partie du patrimoine de personnes publiques puissent être aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des fins d'intérêt privé sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine » (Cons. const., 17 déc. 2010, n° 2010-67/86 QPC, AJDA 2010. 2455  ; RDI 2011. 114, obs. R. Leonetti et P.-A. Rohan )

Le Conseil d'Etat impose ainsi le retour gratuit en fin de contrat de l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service public - sous réserve qu'ils aient été amortis cependant - même lorsque, n'étant pas établis sur une propriété publique, ils ont pu être qualifiés de biens de reprise. Par conséquent, seuls les biens qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service peuvent faire l'objet d'un paiement par l'autorité publique en fin de contrat, selon les termes de celui-ci et sans qu'il y ait là d'obligation, et cela indépendamment de la qualification qui leur aura été apportée.

S'agissant, enfin, de la rupture anticipée du contrat, le Conseil d'Etat précise que l'entier préjudice subi par le délégataire doit être indemnisé. Ce préjudice intègre notamment, mais non pas uniquement, la part non amortie de leur valeur, en s'appuyant sur la valeur nette comptable inscrite au bilan. Pour éviter une indemnisation qui pourrait être artificiellement gonflée, l'arrêt indique expressément que, lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation supérieure à la durée du contrat, « l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du

contrat ».

David Capitant, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2013