

Concessions - Le régime d'exécution des concessions de services sans service public - Etude par Roland de MOUSTIER et Jonathan BENZAKKI

Document: Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, étude 5

Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, étude 5

Le régime d'exécution des concessions de services sans service public

Etude par Roland de MOUSTIER avocat au barreau de Paris Cabinet Frêche & Associés

et Jonathan BENZAKKI avocat au barreau de Paris Cabinet Frêche & Associés

[Accès au sommaire](#)

L'exécution des concessions de service sans service public pose, en théorie comme en pratique, des difficultés qui n'ont pas encore toutes trouvé de réponses dans les textes ou la jurisprudence. Cette étude se penche donc sur ces concessions pour mettre en lumière les règles et principes qui, lorsqu'elles sont conclues par une personne publique, soit les rapprochent des concessions de service public, soit les en éloignent.

1. - On ne saurait nier l'impact, aussi bien théorique que pratique, des directives européennes relatives aux marchés publics^{Note 1} et aux concessions^{Note 2} sur le droit interne des contrats de la commande publique. Outre les évolutions introduites au stade de leur passation, les textes européens ont même, pour la première fois, directement concerné le régime d'exécution des contrats de la commande publique. Et à ce titre, la doctrine a considéré que « les dispositions des directives consacrées à l'exécution des marchés publics et des concessions constituent l'une des innovations majeures de cette réforme »^{Note 3}.

2. - L'autre évolution majeure induite par la transposition des directives réside dans la consécration de la catégorie générique des concessions de services, dont l'exploitation d'un service public n'est plus qu'une sous-catégorie. En effet, aux termes de l'article 5 de la directive « concession », seules sont évoquées les « concessions de services » qui permettent de confier au concessionnaire « la prestation et la gestion de services » alors qu'en droit interne, les concessions avaient nécessairement pour objet l'exploitation d'un service public ou, à défaut, l'exécution de travaux publics.

3. - Et pour ainsi dire, il n'était même pas envisageable qu'il puisse exister des contrats opérant un transfert du risque d'exploitation sans qu'ils ne portent sur l'exploitation d'un service public^{Note 4}. En effet, comme l'a déjà relevé la doctrine, « le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein de règles propres au service public »^{Note 5}. Il n'est donc pas surprenant qu'à l'instar des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérales, les pouvoirs exorbitants de l'Administration dans l'exécution des contrats administratifs aient d'abord pris racine dans les lois du service public pour ensuite s'appliquer à l'ensemble des contrats administratifs.

4. - Cette banalisation du service public par le droit de l'Union européenne pose donc de nouveau la question de la coexistence d'un cadre normatif fondé sur la libre concurrence et d'une théorie générale des contrats administratifs axée autour des lois du service public. Et si l'époque où le Conseil d'État considérait que l'Europe « ignore largement la notion de service public et l'existence de services publics »^{Note 6} est révolue, il n'est pas certain qu'elle

ait abouti à une consolidation de la place du service public « à la française » dans l'exécution des contrats de la commande publique^{Note 7}.

5. - L'exécution des contrats de la commande publique et en particulier, l'exécution des concessions de services sans service public sont donc le résultat de deux phénomènes concurrents : la déspecialisation, par la jurisprudence, de règles d'exécution propres au service public d'une part, et la banalisation du service public par le droit de l'Union européenne d'autre part.

6. - L'exécution des concessions de services « simples » suppose donc de mener tout à la fois une analyse des règles codifiées dans le Code de la commande publique et une réflexion sur l'applicabilité des règles non codifiées issues de la jurisprudence du Conseil d'État, afin d'identifier les règles d'exécution communes aux concessions de services « simples » et de service public **(1)** et les règles propres aux concessions de services sans service public **(2)**.

1. Les règles communes aux concessions de services « simples » et de service public

7. - De façon générale, la tendance de la jurisprudence puis des textes est, de longue date, à l'extension des règles gouvernant l'exécution des délégations de service public à l'ensemble des contrats administratifs, ce dont il découle leur probable application aux concessions de services « simples »^{Note 8}. Une partie de ces règles est désormais codifiée dans le Code de la commande publique **(A)** même si une autre résulte encore des « règles générales applicables aux contrats administratifs » **(B)**.

A. - Les règles communes codifiées dans le Code de la commande publique

8. - Le Code de la commande publique constitue désormais la norme de référence en matière d'exécution des contrats de la commande publique. Certaines règles ont donc vocation à régir de façon indifférenciée les concessions de services « simples » et de service public.

9. - C'est d'abord le cas du **pouvoir de modification unilatérale**, qui n'est qu'une codification d'un principe jurisprudentiel découlant lui-même du principe de mutabilité des services publics^{Note 9}, et déjà élevé au rang de règle générale applicable à l'ensemble des contrats administratifs par la jurisprudence^{Note 10}. À ce titre, l'article L. 6 du Code de la commande publique dispose que « *L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre* ». Dans cette limite, à laquelle il faut ajouter le droit à indemnisation du cocontractant, les articles L. 3135-1 et L. 3135-2 ainsi que les articles R. 3135-1 à R. 3135-10 décrivent les cas dans lesquels l'autorité concédante pourra unilatéralement modifier la concession dans le respect des règles de la concurrence. Comme pour les marchés publics et pour le reste des contrats administratifs, les concessions de services « simples » pourront donc être unilatéralement modifiées par la personne publique nonobstant l'absence de service public^{Note 11}.

10. - C'est ensuite le cas du **pouvoir de résiliation unilatérale**. D'origine jurisprudentielle^{Note 12}, il est aujourd'hui codifié aux articles L. 6 et L. 3136-3 du Code de la commande publique, dont le premier dispose que « *L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat* », évoquant même, cette fois-ci le « *motif d'intérêt général* » qui, classiquement, donne droit à indemnisation du cocontractant. Le code décline ensuite aux articles L. 3136-1 à L. 3136-6 les autres hypothèses de résiliation, qui à l'instar de la modification sont indifférentes à la présence ou l'absence d'un service public.

11. - Plus proche de l'exécution, le **pouvoir de contrôle et de direction** est également codifié en qualité de règle applicable à l'ensemble des contrats administratifs. L'article L. 6 dispose d'ailleurs que « *L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat* ». Il s'agit donc, en toute hypothèse – concessions de services « simples » ou de service public – d'un pouvoir prévu qui doit être prévu dans le contrat pour que l'autorité concédante puisse en faire usage, ce qui découle, très certainement de son caractère « polysémique »^{Note 13}. En théorie donc, l'exécution des concessions de services « simples » ne présente, ici aussi, aucune forme d'originalité par rapport aux concessions de service public. Historiquement, on peut néanmoins rappeler qu'à l'origine, c'est en référence au service public que la doctrine justifiait le bénéfice d'un tel pouvoir de contrôle. Pour Jèze par exemple, « *l'administration a nécessairement le devoir et le droit d'exercer un contrôle car la concession ne peut être un obstacle au fonctionnement régulier du service public* »^{Note 14}. En pratique, il pourra donc exister des différences d'intensité dans l'exercice du pouvoir de contrôle selon que le contrat concède l'exploitation d'un service public ou non. D'ailleurs, il ressort d'une comparaison des textes prévus dans les différents CCAG et le Code de la commande publique que l'Administration dispose de pouvoirs souvent plus étendus dans les marchés publics que dans les délégations de service public, certains auteurs parlant même d'« *une très nette spécialisation* »^{Note 15}. Il n'est donc pas exclu que les concessions de services « simples » prévoient, au bénéfice de l'Administration, un pouvoir de contrôle plus étendu qu'en cas de service public, même si dans les deux cas, il y aura transfert du risque d'exploitation et priorité donnée à la liberté contractuelle.

12. - Outre ces prérogatives, on peut également signaler la codification de **la théorie de l'imprévision** au 3° de l'article L. 6, qui, si elle a pour origine le service public^{Note 16}, est déjà applicable à l'ensemble des contrats administratifs. Les concessions de services « simples » ne présenteront donc aucune originalité par rapport aux concessions de service public, étant souligné qu'elle est désormais applicable, dans son principe, aux contrats de droit privé (*C. civ., art. 1195*)^{Note 17}.

13. - En tout dernier lieu, le Code de la commande publique laisse les parties libres de déterminer **la durée du contrat de concession**, « *en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire* » (*CCP, art. L. 3114-7*) définis indépendamment de l'objet du contrat et donc de l'existence ou non d'un service public (*CCP, art. R. 3114-1 et R. 3114-2*). Et **l'exécution financière des concessions** n'échappe pas non plus à cette logique d'harmonisation, qu'il s'agisse des dispositions fixant un délai de paiement de minimum 30 jours, des intérêts moratoires, des indemnités forfaitaire et complémentaire pour frais de recouvrement en cas de retard de paiement de l'autorité concédante ou encore une amende administrative d'un montant maximal de deux millions d'euros en cas de retard de paiement de la part d'une entreprise publique (*CCP, art. L. 3133-10 à L. 3133-14 et R. 3133-10 à R. 3133-28*).

B. - Les règles communes non codifiées dans le Code de la commande publique

14. - Outre les règles générales codifiées dans le Code de la commande publique, certains principes qui n'y figurent toujours pas^{Note 18}, n'en sont pas moins applicables à l'ensemble des contrats de concession, qu'ils aient pour objet l'exécution d'un service public ou non^{Note 19}. Ces principes, communs à l'ensemble des contrats de concessions sont la mise en régie et le fait du prince^{Note 20} qui s'appliquent déjà, grâce à la jurisprudence, à l'ensemble des contrats administratifs.

15. - Pour rappel, **la mise en régie**^{Note 21} permet à l'autorité concédante de surmonter la carence du cocontractant via la reprise du service en régie ou par un tiers aux frais du cocontractant initial^{Note 22}. Ce faisant, elle renvoie directement au principe de continuité du service public^{Note 23} en ce qu'elle permet d'éviter une rupture anticipée des relations contractuelles. Il est vrai que par le passé certains arrêts ont pu faire douter de cette généralité. Odent, dans ses conclusions sur un arrêt Ville de Toulouse, écrivait même que « les décisions prononçant le séquestre ou la régie sont légales dès l'instant qu'elles sont indispensables pour assurer la continuité du service en cas de défaillance, d'insuffisance ou d'incapacité du concessionnaire »^{Note 24}. Mais déjà l'article 48 du CCAG Travaux transposait ce pouvoir de l'Administration aux marchés publics nonobstant l'absence de service public, en prévoyant que « Si le titulaire n'a pas déferé à la mise en demeure, la poursuite des travaux peut être ordonné, à ses frais et risques ». Aussi, il ne restait plus à la jurisprudence qu'à tirer les conséquences de cette extension et ranger ce pouvoir parmi les règles générales applicables aux contrats administratifs, ce qu'elle a fait pour les marchés publics avec l'arrêt Fosmax^{Note 25} et surtout pour les concessions de services « simples » avec l'arrêt Société de manutention portuaire d'Aquitaine^{Note 26}. Le Conseil d'État a en effet jugé qu'« il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que la personne publique qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, notamment par une entreprise tierce ».

16. - Ce faisant, c'est bien la jurisprudence qui a fait d'un pouvoir nécessaire à la continuité du service public, un principe commun à l'ensemble des contrats administratifs, sans qu'il n'ait été nécessaire de l'insérer dans le Code de la commande publique. Le code et la jurisprudence conduisent donc, en grande partie, à une mutualisation des règles d'exécution applicables aux concessions, même si certaines particularités peuvent être signalées.

2. Les règles propres à l'exécution des concessions de services « simples »

17. - Outre les règles d'exécution communes à l'ensemble des contrats de concession, certains principes certes moins nombreux, échappent à cette transversalité en ce qu'ils sont inhérents à l'existence d'un service public. Ils ne représentent toutefois qu'une part minoritaire des règles d'exécution, l'œuvre de codification n'ayant laissé subsister qu'un faible nombre de règles applicables spécifiquement aux concessions de service public^{Note 27}. C'est donc nécessairement en creux des règles inhérentes à l'existence d'un service public que se détache un particularisme très relatif des concessions de services « simples », qu'il s'agisse du sort des biens à l'issue du contrat **(A)**, du régime juridique des sous-contrats **(B)** ou plus généralement des règles traduisant un léger rééquilibrage des relations contractuelles **(C)**.

A. - Le sort des biens à l'issue du contrat laissé à la libre appréciation des parties

18. - Sur le plan des principes, **le régime des biens de retour** est indissociable de l'exécution d'un service public, de sorte que les hypothèses retenues par l'arrêt Commune de Douai^{Note 28} ne pouvaient couvrir que les concessions de service public ou encore les concessions de travaux publics non dépourvues d'une finalité de service public. Dans ses conclusions, B. Dacosta ne visait d'ailleurs dans ses conclusions que les contrats « qui mettent à la charge du partenaire de l'administration le soin de financer et réaliser les ouvrages qui seront le support du service délégué [...] ce qui inclut les concessions de travaux publics [...] lorsqu'elles comportent un volet services ». Certains auteurs évoquent même le régime des biens de retour comme une illustration, en creux, de la spécificité des concessions de services « simples ». Ce faisant, ils considèrent que « les règles dont l'application est liée à l'existence d'un service public demeurent cantonnées aux seules concessions ayant ce service public pour objet », notamment les « biens de retour »^{Note 29}. Dans le même ordre d'idée, d'autres auteurs estiment que « la concession de service public est soumise à des règles jurisprudentielles singulières qui se justifient par son objet (théorie des biens de retour...) »^{Note 30}. Suivant cette même logique, le rapporteur public R. Victor s'est attaché, dans un arrêt Commune de la Trinité-sur-Mer^{Note 31}, à relier l'objet du contrat d'exploitation d'un casino à l'exploitation d'un service public, sans quoi est certain qu'il aurait exclu la qualification de bien de retour.

19. - Aussi, en élevant à un rang législatif la portée de la jurisprudence Commune de Douai, la loi a confirmé la portée limitée du régime des biens de retour. En effet, aux termes de l'article L. 3132-4 du code, seuls les biens « *qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public* » sont qualifiés de biens de retour. Aussi, en l'absence de tout service public, il ne saurait être fait application du régime des biens de retour, sous réserve que l'objet du contrat ne puisse être rattaché à un service public, même de façon indirecte^{Note 32}. Il reviendra donc aux parties de s'accorder sur le devenir des biens à l'issue de l'exécution de la concession de services sans service public. L'office du juge consistera alors à interpréter les termes du contrat au plus près, le cas échéant, de l'intention des parties.

B. - Le régime principalement de droit privé des sous-contrats domaniaux

20. - Autre conséquence de l'absence de service public, la concession de services « simples » n'emportera que rarement **occupation du domaine public** nonobstant la rédaction de l'article L. 3132-1 du Code de la commande publique aux termes duquel, « *Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée* ». Certes la domanialité publique peut résulter de l'usage direct du domaine par le public mais dans la plupart des cas, il est probable que le lieu d'exécution du service « simple » ne sera pas libre d'accès, de sorte qu'il ne constituera pas une dépendance du domaine public. Dans ces conditions, non seulement le contrat ne pourra pas emporter autorisation d'occupation du domaine public (à défaut de domaine public), mais les sous-contrats conclus par le concessionnaire sur ce domaine seront en principe des contrats de droit privé^{Note 33}. Du reste, même dans l'hypothèse d'un terrain appartenant au domaine public (car à l'usage direct du public), la jurisprudence Steeple-chases de France^{Note 34}, Gilles^{Note 35} et plus récemment Société Total Marketing France^{Note 36} exigent toujours, au visa de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, que le concessionnaire soit en charge d'un service public.

21. - Il n'est pas exclu toutefois, qu'à l'avenir, la jurisprudence revienne sur cette interprétation de l'article L. 2131-1^{Note 37}, dans la mesure où la notion de « concessionnaire » pourrait tout aussi bien désigner un concessionnaire de service public ou un concessionnaire de services « simples ». Il reste qu'en l'absence – justement – de service public, l'extension du régime protecteur de la domanialité publique ne s'impose pas d'elle-même.

C. - Les règles révélant un léger rééquilibrage des relations contractuelles

22. - Plus généralement, il apparaît que l'absence de service public pourrait aboutir, *in fine*, à un léger rééquilibrage des relations contractuelles au bénéfice du cocontractant privé, sous réserve que les parties n'en décident autrement via l'insertion de clauses plus contraignantes. À tout le moins, l'absence de service public tendrait à donner aux parties une liberté contractuelle plus étendue, allégée des contraintes liées aux lois du service public. En effet, nonobstant les conséquences liées au caractère administratif de ces contrats, certaines dispositions du Code de la commande publique et quelques principes jurisprudentiels ne devraient pas s'appliquer en l'absence de service public.

23. - Il s'agit tout d'abord des **lois du service public**, et en particulier, des conséquences pratiques liées au respect du principe d'égalité, de mutabilité, et surtout de continuité du service public, puisqu'aux termes du 2° de l'article L. 6 du code « *Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public* ». Aussi, contrairement aux concessions de service public, les parties pourront prévoir contractuellement la possibilité pour le cocontractant de résilier le contrat en cas de méconnaissance, par l'Administration, de ses obligations en application de l'arrêt Société Grenke Location^{Note 38}. Par ailleurs, ne s'appliquera pas la règle selon laquelle en cas de résiliation du contrat, « la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service »^{Note 39}. En outre, étant directement liée à l'existence de « charges de service public », la **jurisprudence Altmark** ne devrait pas trouver à s'appliquer^{Note 40}. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet exclu la qualification d'aide d'État pour les aides destinées à compenser les charges de service public auxquelles est soumise une entreprise. Or, la première condition pour bénéficier de cette exemption suppose que l'entreprise bénéficiaire soit « chargée de l'exécution d'obligations de service public »^{Note 41}. Aussi, dans la mesure où les États membres bénéficient, sur ce point, d'une marge d'appréciation très large^{Note 42}, il est probable, en pratique, qu'en l'absence de service public, cette jurisprudence ne pourra pas s'appliquer. Pour autant, cette marge d'appréciation des États membres n'est pas exclusive de la possibilité, pour la Commission et le juge européen, « en ce qui concerne la définition du service public [...] de contrôler qu'il y a ou non erreur manifeste »^{Note 43}. De sorte que certaines concessions pourraient être requalifiées en concession de services « simples » et comme telles, ne pas bénéficier de ce régime favorable, à condition toutefois que l'État membre ait commis une erreur manifeste en la qualifiant de concessions de service public^{Note 44}.

24. - Outre ces principes, le Code de la commande publique tend également à ménager un **niveau d'information** dû par le concessionnaire légèrement moins intense que celui valant en cas de service public. En effet, si l'article L. 3131-1 du code met à la charge de l'autorité concédante une obligation de communication des données essentielles du contrat de concession, l'article L. 3132-2 précise que « *lorsque la gestion d'un service public est concédée* », c'est au concessionnaire de fournir ces données produites « *à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution* ». Par ailleurs, même si le code impose à tous les concessionnaires une obligation de remettre un rapport annuel à l'autorité concédante, il aménage des obligations d'information complémentaires « *Lorsque la gestion d'un service public est concédée* » (CCP, art. R. 3131-4). Dans ce cas, le concessionnaire est par exemple tenu de dresser « *Un compte rendu de la situation des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé* » (CCP, art. R. 3131-1, 1°, a), ce qui se justifie par la remise gratuite en fin de contrat des biens de retour. ■

Essentiel à retenir

Essentiel à retenir

- * Les concessions de services « simples » ou sans service public marquent la poursuite d'un processus de subsidiarisation du service public comme élément structurant du droit des contrats administratifs ;
- * Le régime d'exécution des concessions de services « simples » résulte à la fois des règles codifiées dans le Code de la commande publique et des règles issues de la jurisprudence applicable à l'ensemble des contrats administratifs ;
- * En majorité, les concessions de services « simples » obéissent à des principes d'exécution semblables à ceux en vigueur pour les concessions de service public, qu'il s'agisse du pouvoir de résiliation ou de modification unilatérale, de contrôle et de direction, ou encore de la mise en régie, de l'imprévision, du fait du prince et de la force majeure, en passant par les conditions d'exécution financière ;
- * À l'inverse, les concessions de services « simples » ne sont pas soumises à certaines règles, à savoir le régime des biens de retour, l'interdiction de l'exception d'inexécution, les lois du service public, certains aménagements au devoir d'information du concessionnaire et le régime européen de compensation des charges de service public ;
- * De façon générale, l'exécution des concessions de services « simples » devrait permettre de ménager davantage de place à la liberté contractuelle et à la créativité des parties, qu'en cas d'exploitation d'un service public.

..Encyclopédies : Contrats et marchés publics, fasc. 400

Note 1 *PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.*

Note 2 *PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession.*

Note 3 *H. Hoepffner, 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. 2014, dossier 6. – V. également S. Braconnier, Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions – Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions : JCP G 2014, doctr. 596 : « la grande nouveauté des directives réside dans le fait qu'à la suite de la Cour de justice, elles se saisissent pleinement de l'exécution de ceux-ci ».*

Note 4 Et si la notion de délégation de service public n'apparaît dans les textes qu'avec la loi n° 92-125 du 6 février 1992 et la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, la doctrine a pu considérer que le législateur « s'est borné à faire émerger dans les textes une réalité administrative et juridique préexistante, celle de la gestion déléguée du service public, dont la figure de proue était constituée par la concession de service public » (*JCI. Contrats et Marchés Publics, fasc. 400, Notion de délégation de service public, par G. Eckert*).

Note 5 *G. Péquignot, La théorie générale du contrat administratif : Pédone, 1945, p. 605. – V. également G. Jèze, Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, 3 vol., 1927-1934, p. 8 : « celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public ».*

Note 6 *Conseil d'État, Rapport public : EDCE 1994, p. 66, n° 46.*

Note 7 La doctrine majoritaire s'accorde d'ailleurs à penser que « De toutes les mutations contemporaines qui affectent le service public, l'impact du droit européen est celle qui jette le plus grand trouble, comme en témoigne une littérature pléthorique » (*B. Plessix, Droit administratif*

général : *LexisNexis*, p. 576 et s.). D'autres auteurs sont moins alarmistes, qui considèrent que « le CCP n'a pas opéré un détricotage du droit des contrats administratifs au nom des exigences de publicité et de mise en concurrence. Il l'a, au contraire, sensiblement modernisé en l'adaptant aux exigences de la concurrence, sans oublier qu'il puisait sa raison d'être dans l'intérêt général et le service public » (*F. Brenet, Le service public dans le Code de la commande publique : CDE 2019, dossier 36*).

Note 8 Sous réserve, naturellement, qu'une des parties au contrat soit une personne morale de droit public.

Note 9 *CE*, 11 mars 1910, n° 16178, *Min. Travaux publics c/ Cie générale française des tramways : Lebon*, p. 216.

Note 10 *CE*, 2 févr. 1983, n° 34027, *Union des transports publics urbains et régionaux : Lebon*, p. 33.

Note 11 Sous réserve qu'ils constituent des contrats administratifs (*V. CCP*, art. L. 6).

Note 12 *CE*, ass., 2 mai 1958, n° 32401, *Distillerie de Magnac-Laval*. – *CE*, ass., 2 févr. 1987, n° 81131, *Sté TV6*.

Note 13 *Concl. Dacosta sur CE*, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Cne Douai : JurisData n° 2012-030179 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 41 et 42, note G. Eckert ; Contrats-Marchés publ. 2013, étude 7, F. Llorens*.

Note 14 *G. Jèze, Les contrats administratifs, t. II, 1932, p. 365 et s.* – Et pour Péquignot, « ce droit dérive moins d'une idée contractuelle que de l'idée de service public » en ce qu'« Il y a plus dans ce droit de l'Administration que dans le simple droit qui appartient à un contractant ordinaire d'obtenir la prestation inscrite dans son contrat ; car ici, si deux intérêts s'affrontent, l'un d'eux est l'intérêt public que l'administration est seule à poursuivre, et qui, devant primer les intérêts privés, donne à l'administration des pouvoirs exorbitants sur son cocontractant » (*G. Péquignot, Théorie générale du contrat administratif, 1945, p. 306 et s.*).

Note 15 *V. en ce sens G. Eckert, Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs : Contrats-Marchés publ. 2010, étude 9*.

Note 16 *CE*, 30 mars 2016, n° 59928, *Gaz de Bordeaux*. – *F. Brenet, Le service public dans le code de la commande publique : CDE 2019, dossier 36*. – On relèvera toutefois un débat au sein de la doctrine sur les véritables origines et justifications de la théorie de l'imprévision qui, en tant que telle, n'est pas exclusive des contrats sans service public. – *V. en particulier B. Plessix, Droit administratif général, p. 1238* qui, tout en rappelant que la théorie de l'imprévision a été « construite de toutes pièces pour les concessions, au nom de la continuité du service public », soutient plus généralement que la théorie générale des contrats administratifs n'est pas uniquement l'héritière du régime concessif. Elle est également, en partie du moins, fondée sur la commune intention des parties et le respect de la parole donnée. De sorte que « le prétendu fondement de la continuité du service public relève plus d'une construction intellectuelle destinée à résoudre le problème spécifique de la survie économique du système concessif ». – *V. également JCl. Administratif, fasc. 639, Exécution du marché, par C. Prebissy-Schnall : « Si la théorie de l'imprévision est née de la préoccupation de satisfaire aux exigences du principe de continuité des services publics, spécialement dans l'hypothèse du contrat de concession de service public, elle a également vocation à s'appliquer aux marchés publics ». En effet, « La bonne exécution des contrats à longue période d'exécution comme les grands marchés de travaux ou de fournitures est nécessaire au fonctionnement continu des services publics »*

Note 17 *V. sur ce point B. Plessix, De Craponne à Bordeaux : Dr. adm. 2016, repère 5* qui relève que « Si la continuité du service public semble bien un objectif propre aux contrats administratifs de service public, le fondement est en réalité commun : assurer ex-post l'optimum économique prévu ex-ante, quitte, pour les agents stratégiques, à renégocier le contrat ».

Note 18 *Ce que la doctrine a relevé. V. en ce sens, F. Melleray, R. Noguellou, La codification des règles jurisprudentielles : AJDA 2019, p. 381. – H. Hoepffner, Ph. Terneyre, La place des principes dans le Code de la commande publique : RFDA 2019, p. 206. – H. Hoepffner, Code la commande publique – Exécution des marchés publics : Contrats-Marchés publ. 2019, dossier 7*.

Note 19 *C'est ce qui fera dire à certains auteurs que la codification opérée par le Code de la commande publique est incomplète. V. not. Ch. Maugüé, La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? : RFDA 2019, p. 213. – P. Bourdon, Le Code de la commande publique : une codification à droit quasi constant : AJDA 2020, p. 149*.

Note 20 *Dont la portée pratique très réduite justifie qu'on n'y revienne pas dans la présente étude*.

Note 21 *Aussi dénommée « mise sous séquestre » pour les concessions*.

Note 22 Elle se présente donc tout à la fois comme une sanction mais aussi un remède à sa carence. D'après R. Chapus, elle vise « autant qu'à punir, à surmonter le comportement gravement irrégulier du cocontractant » (*Droit administratif général, t. 1 : Montchrestien, 15e éd., p. 1204*).

Note 23 V. en ce sens Ph. Coleman, *La mise en régie ou l'exécution du contrat en substitution au cocontractant défaillant : RFDA 2019, p. 1021* : « La mise en régie était même regardée comme l'un des outils les plus sûrs à la disposition de l'administration contractante pour assurer la continuité du service » ou encore « La formulation de la théorie générale des contrats administratifs organisée autour de la notion de service public justifiait l'application générale des sanctions coercitives aux contrats administratifs afin d'assurer la bonne marche des services publics ».

Note 24 RDP 1945, p. 104. – V. également, CE, 8 avr. 1959, *Sté industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme*. – CE, 26 nov. 1971, *Sté de fertilisants humiques* : Lebon, p. 723 ; AJDA 1971, p. 649, *chron. D. Labetoulle et P. Cabanes* ; RDP 1972, p. 239, *concl. M. Gentot* ; RDP 1972, p. 1245, *note M. Waline*. Et à cet égard, l'arrêt Société du gaz de Maubeuge (n° 63523) jugeait déjà en 1921 que l'interruption dans l'exploitation du service public « était de nature à autoriser la ville, en vue d'assurer la continuation du service public [...] à prendre possession, comme elle l'a fait, des installations nécessaires au service et à exploiter celui-ci en régie ».

Note 25 CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806 : *JurisData n° 2016-023504* ; Lebon, p. 466, *concl. G. Pellissier* ; *Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 25, note P. Devillers*.

Note 26 CE, 14 févr. 2017, n° 405157 : *JurisData n° 2017-002461* ; *Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 99 et comm. 100, note G. Eckert*.

Note 27 V. en ce sens, F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *Concessions de services – À propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de services : Contrats-Marchés publ. 2017, repère 4* : « Il paraîtrait en effet logique que les règles dont l'application est liée à l'existence d'un service public demeurent cantonnées aux seules concessions ayant ce service pour objet. À y regarder de près, il n'est cependant pas sûr que ces règles soient légion ».

Note 28 CE, ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *préc.*

Note 29 F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *À propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de service : Contrats-Marchés publ. 2017, repère 4*.

Note 30 F. Brenet, *Le service public dans le Code de la commande publique : CDE 2019, dossier 36*. – V. également F. Llorens, *La théorie des biens de retour après l'arrêt « Commune de Douai » : Contrats-Marchés publ. 2013, étude 3*.

Note 31 CE, 23 janv. 2020, n° 426421 : *JurisData n° 2020-001076* ; *Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 125, obs. E. Muller*.

Note 32 C'est la démarche suivie par le Conseil d'État dans l'affaire Commune de la Trinité-sur-Mer au sujet des bâtiments d'un casino alors même que ce type de contrat n'a pour objet l'exécution d'un service public que de façon indirecte et à tout du moins, discutable. V. en ce sens, CE, 19 mars 2012, n° 341562, *SA Groupe Partouche* : *JurisData n° 2012-004939* qui juge que « si ces jeux de casinos ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, les conventions obligatoirement conclues pour leur installation et leur exploitation, dès lors que le cahier des charges impose au cocontractant une participation à ces missions et que sa rémunération est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, ont le caractère de délégation de service public » et V. également G. Eckert, *Pourquoi une concession est-elle une délégation de service public ? : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 157*.

Note 33 Comme le rappelle la doctrine « la présence ou l'absence d'une délégation de service public en « premier rideau » conditionne la nature du contrat de « second rang » » (Ph. Yolka, *Application de la jurisprudence « Société des Steeple-chases de France » : un obstacle imprévu : JCP A 2017, 2223*).

Note 34 T. confl., 10 juill. 1956, *Sté des Steeple-chases de France* : Lebon, p. 587.

Note 35 T. confl., 14 mai 2012, n° 3836, *Gilles* : *JurisData n° 2012-010173* ; *Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 223, note G. Eckert*.

Note 36 CE, 30 avr. 2019, n° 426698 : *JurisData n° 2019-006915* ; *Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 244, note J. Diethoeffer*.

Note 37 Déjà critiquée par la doctrine. V. F. Lichère, *Juge compétent et recours applicable pour la passation d'un contrat d'occupation du domaine public entre deux personnes privées : JCP A 2019, 2206* en citant : Ph. Yolka, *Les sous-concessions domaniales : cartographie d'un contentieux : JCP A 2007, 2017*. – M. Ubaud-Bergeron, *Les sous-concessions domaniales, in Contrats et propriétés publics, G. Clamour (dir.) : LexisNexis, 2011, p. 111*. – B. Plessix, *Les sous-concessions domaniales : territoire d'un contentieux, in Mél. Richer : LGDJ, 2013, p. 247*.

Note 38 CE, 8 oct. 2014, n° 370644, *Sté Grenke Location* : *JurisData* n° 2014-023183 ; *Lebon*, p. 302, *concl. Pellissier* ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, *comm.* 329, *note G. Eckert*.

Note 39 CE, 19 déc. 2014, n° 368294, *Cne Propriano* : *JurisData* n° 2014-031299 ; *Lebon*, p. 302, *concl. G. Pellissier* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 46, *note G. Eckert*.

Note 40 CJCE, 24 juill. 2003, *aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH* : *JurisData* n° 2003-400042.

Note 41 Sur ce point, la CJUE rappelle d'ailleurs que cette première condition suppose de vérifier si « premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et, deuxièmement, si ces obligations sont clairement définies dans le droit national » (CJUE, 20 déc. 2017, *aff. C-66/16 P, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a. c/ Commission européenne*, § 71 : *JurisData* n° 2017-026603).

Note 42 En ce sens, V. CJUE, 8 mai 2013, *aff. C-197/11 et C-203/11, Libert e.a.*, § 88 : *Contrats-Marchés publ.* 2013, *repère 7, F. Llorens et W. Zimmer*.

Note 43 CJUE, 18 févr. 2016, *aff. C-446/14 P, Allemagne c/ Comm.*, § 44.

Note 44 Les États membres doivent en effet apporter une définition « claire du service en cause en tant que SIEG » (CJUE, 20 déc. 2017, *aff. C-66/16 P, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a. c/ Commission européenne*, *préc.*, § 73 à 76).

© LexisNexis SA