



HAL
open science

L'indemnisation des biens de retour non amortis, consécutive à la résiliation d'une concession entre personnes publiques

Frédéric Allaire

► **To cite this version:**

Frédéric Allaire. L'indemnisation des biens de retour non amortis, consécutive à la résiliation d'une concession entre personnes publiques. Droit administratif, 2018, 1. hal-04916812

HAL Id: hal-04916812

<https://hal.science/hal-04916812v1>

Submitted on 28 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Biens de retour - L'indemnisation des biens de retour non amortis, consécutive à la résiliation d'une concession entre personnes publiques - Commentaire par Frédéric ALLAIRE
Droit Administratif n° 1, Janvier 2018, comm. 2

L'indemnisation des biens de retour non amortis, consécutive à la résiliation d'une concession entre personnes publiques

Commentaire par Frédéric ALLAIRE maître de conférences à la faculté de droit de Nantes
Biens de retour

Le Conseil d'État développe sa jurisprudence relative au régime des biens de retours, dégagée depuis son arrêt d'assemblée, Commune de Douai, du 21 décembre 2012, pour conclure que l'indemnisation des biens de retours non amortis en cas de résiliation d'un contrat de concession entre deux personnes publiques doit, sans possibilité d'y déroger, correspondre à leur valeur nette comptable.

CE, 25 oct. 2017, n° 402921, Cne Croisic : JurisData n° 2017-020997 ; Lebon, tables à paraître [...] Considérant, toutefois, que si les parties à un contrat administratif peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat pour un motif d'intérêt général, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le préjudice subi, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques ; que lorsqu'une personne publique résilie une concession avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis ; que lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan ; que, dans le cas où leur durée d'utilisation était 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 ; que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, sous réserve que l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne puisse, en toute hypothèse, excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus, il est exclu qu'une telle dérogation, permettant de ne pas indemniser ou de n'indemniser que partiellement les biens de retour non amortis, puisse être prévue par le contrat lorsque le concessionnaire est une personne publique ; [...]

Note :

Avec l'arrêt du 25 octobre 2017, Commune du Croisic, le Conseil d'État poursuit son œuvre jurisprudentielle de définition du régime juridique des biens de retour, solennellement adoptée par l'arrêt d'assemblée, Commune de Douai du 21 décembre 2012 (CE, 21 déc. 2012, n° 342788, Cne Douai : JurisData n° 2012-030179 ; publié au Recueil Lebon, avec les concl. ; AJDA 2013, p. 457, chron. X. Domino et A. Bretonneau, et AJDA 2013, p. 724, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre ; AJCT 2013, p. 91, obs. O. Didriche ; RFDA 2013, p. 25, concl. B. Dacosta ; RFDA 2013, p. 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix ; RJEP 2013, étude 9, F. Llorens) en l'appliquant ici à la question de l'indemnisation du transfert anticipé des biens nécessaires au service public à l'occasion de la résiliation d'un contrat de concession entre deux personnes publiques. Il étire le raisonnement engagé dans ce qui n'était alors qu'un obiter dictum, pour consacrer la valeur comptable des biens de retour et réduire ainsi, davantage encore, l'empire de la volonté des parties sur le régime des investissements dans les concessions.

L'arrêt du Conseil d'État trouve sa cause dans le désaccord né entre le conseil départemental de Loire-Atlantique et la commune du Croisic suite à la résiliation du contrat de concession qui

confiait à cette dernière, le droit d'exploitation du port de plaisance. Le département projetait d'en mutualiser la gestion avec celui de la Turballe, séparé de quelques kilomètres par la pointe de Pen Bron. À cette fin, il a résilié les délégations de service public des ports de pêche et de plaisance des deux communes avant d'engager une procédure d'attribution d'une délégation unique pour l'exploitation de ces ports. Cependant, le département et la commune du Croisic ne sont pas parvenus à s'accorder sur le montant du préjudice procédant de la résiliation. Après s'être vue proposer la somme de 45 367 euros par le département sur le fondement de l'évaluation du préjudice telle que procédant de l'article 45 du cahier des charges de la concession en réponse à sa demande de réparation chiffrée à hauteur de 1 382 237 euros au titre des préjudices résultant de la résiliation anticipée de la concession du port de plaisance, la commune du Croisic a saisi le tribunal administratif de Nantes qui a écarté les stipulations du contrat pour fixer l'indemnisation à 957 095,45 euros. En appel du jugement, la cour administrative d'appel de Nantes a, le 28 juin 2016, annulé celui-ci pour faire prévaloir le régime d'indemnisation contractuel et son application par le département. La commune du Croisic s'étant pourvue devant le Conseil d'État, obtient la cassation de l'arrêt d'appel, au motif que la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques.

Il répond ainsi à la question de savoir si la résiliation du contrat de concession devait donner lieu à indemnisation sur le fondement de la théorie générale des contrats administratifs ou s'il fallait réserver un sort particulier à l'indemnisation des biens de retour non amortis. Écartant la première hypothèse, le Conseil d'État s'inscrit dans le sillage de sa jurisprudence Commune de Douai pour en tirer de nouvelles conséquences s'agissant d'un contrat de concession liant deux personnes publiques. Il en déduit que les biens de retour doivent être indemnisés à leur valeur nette comptable sans possibilité de prévoir dans le contrat, d'exclure ou de minorer les conséquences indemnitaires d'un retour des biens non amortis en cas de résiliation, quand bien même ne serait-il pas contrevenu au principe suivant lequel les personnes publiques ne peuvent consentir de libéralités. Prolongement de son arrêt de principe (1), la décision du 25 octobre 2017 souligne peut-être les limites de la théorie des biens de retour dont elle étend davantage encore, l'empire(2).

1. L'extension de la théorie des biens de retour

Bien qu'opposés dans leurs conclusions, le jugement du tribunal administratif (n° 12815) et l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes (CAA Nantes, 28 juin 2016, n° 14NT01984 : JurisData n° 2016-016303) n'en visent pas moins le même fondement, que choisit d'écarter le Conseil d'État.

A. - L'exclusion de la jurisprudence CCI de Nîmes

Les juges du fond ont accueilli la demande d'indemnisation du préjudice procédant de la résiliation du contrat de concession en se livrant à l'application de la règle fixée par le Conseil d'État dans son arrêt du 4 mai 2011, CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan (CE, 4 mai 2011, n° 334280 : JurisData n° 2011-007660 ; Lebon, p. 205 ; AJDA 2011, p. 929, obs. Grand ; BJCP 2011, p. 285, concl. Dacosta ; BJCP 2011, p. 291, obs. Maugüé ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 216, note Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 67, note Brenet ; JCP A 2011, act. 358 ; JCP G 2011, 983, obs. Erstein ; JCP G 2011, 1570, chron. Eveillard) suivant lequel 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. Dès lors, l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat dans la mesure où 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. Il ressort de cette jurisprudence que l'indemnisation du préjudice né de la résiliation du contrat peut faire l'objet d'une définition contractuelle dans la limite où la loi des parties ne remet pas en cause l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités. Cette règle ne s'imposant qu'aux personnes publiques, rien ne s'oppose, en revanche, à ce que des stipulations prévoient, sans limitation, une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration. Dès lors, le créancier, personne privée, peut consentir une absence d'indemnisation ou une indemnisation manifestement disproportionnée, ce qu'a admis par exemple le Conseil d'État dans l'arrêt Société AB Trans du 19 décembre 2012 (CE, 19 déc. 2012, n° 350341, Sté AB Trans : JurisData n° 2012-030068 ; publié au Recueil Lebon ; AJDA 2013, p. 722 ; Dr. adm. 2013, comm. 42, note E. Colson). Cependant, cette règle ne trouve pas à s'appliquer lorsque le concessionnaire est une personne publique. Il en ressort que le principe de la prohibition des libéralités joue dans les deux sens en fixant un plancher et un plafond à l'indemnisation du préjudice né de la résiliation du contrat dont la validité est subordonnée à sa proportionnalité. Ainsi capée, l'indemnisation ne pourra procéder de l'exécution d'une stipulation contractuelle que dans la mesure où il ne pourra être constaté une disproportion manifeste entre le montant de l'indemnisation tel qu'il procède de l'application du contrat et le montant du préjudice effectif. C'est à cette analyse que se livrent les juges du fond pour déduire en première instance que l'absence d'indemnisation procédant de l'application de l'article 45 du cahier des charges s'avère manifestement disproportionnée au regard d'un préjudice réel évalué à 1 002 462,45 euros. En conséquence, le tribunal écarte la clause critiquée pour faire prévaloir l'indemnisation réelle du préjudice. La cour administrative d'appel, au contraire, évaluant le préjudice réel à 200 039,72 euros, considère que la disproportion n'étant pas manifeste, la clause d'indemnisation a vocation à s'appliquer.

L'arrêt de cassation censure ce raisonnement en excluant l'application de la jurisprudence CCI de Nîmes, pour parfaire une théorie des biens de retour qui puise sa source dans le seul arrêt Commune de Douai.

B. - Le développement de la jurisprudence Commune de Douai

Dans son arrêt d'assemblée, le Conseil d'État précise dans un considérant surabondant, que l'indemnisation des biens de retour fait l'objet d'un régime ad hoc suivant lequel, lorsque la personne publique résilie la convention avant son terme normal, le délégataire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. Cependant, si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé à la valeur nette comptable.

Le Conseil d'État institue une acception objective des biens de retour non amortis de sorte qu'il ne peut être ainsi consenti dans le contrat que l'autorité concédante indemnise à un montant conventionnellement déterminé, les biens de retour non amortis, à des valeurs supérieures à leur valeur nette comptable quand bien même le régime contractuel n'emporterait pas une indemnisation manifestement disproportionnée par rapport au préjudice réellement supporté. Concluant néanmoins que les personnes privées peuvent consentir des libéralités, il est alors possible de prévoir une indemnisation inférieure à la valeur nette comptable des biens non amortis. Dans cette hypothèse, l'indemnisation peut être inférieure ou égale à leur valeur nette comptable. En revanche, lorsque le contrat lie, comme dans notre affaire, deux personnes publiques, l'objectivation de la valeur des biens de retour exclut, en outre, l'application de toute clause contractuelle qui prévoirait une indemnisation inférieure à la valeur nette comptable qui serait susceptible de léser les intérêts du concessionnaire public. Dès lors, l'arrêt Commune du Croisic impose que l'indemnisation des biens de retours en cas de résiliation d'un contrat de

concession entre deux personnes publiques correspond strictement à leur valeur nette comptable.

Il en ressort un statut des biens de retour dont le traitement a étroitement partie liée avec sa valorisation comme actif amortissable. Le Conseil d'État précise de quelle manière cet amortissement doit être appréhendé suivant la durée du contrat. Ainsi, lorsque l'amortissement a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était 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. Dans cette hypothèse, la valorisation doit intégrer l'amortissement de caducité. Il en déduit de manière un peu déroutante « qu'il revenait [à la cour administrative d'appel de Nantes], s'agissant d'un contrat de concession conclu entre deux personnes publiques, de vérifier que les stipulations contractuelles permettaient d'assurer au concessionnaire l'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans ces conditions et, à défaut, de les écarter ». L'acceptation objective à la valeur nette comptable des biens retours ne laissant aucune marge d'appréciation, il paraît surprenant d'en passer par l'interprétation du contrat pour en faire une exacte application.

2. Les limites de la théorie des biens de retour

Les limites de la théorie des biens de retour élaborée par le Conseil d'État, procèdent des motifs peu explicites ayant présidé à cette consécration en même temps que des difficultés que fait naître la valorisation objective des biens nécessaires au service public.

A. - Des motifs peu explicites

La juridiction suprême considère que si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, sous réserve que l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne puisse, en toute hypothèse, excéder le montant calculé selon la valeur nette comptable, il est exclu qu'une telle dérogation, permettant de ne pas indemniser ou de n'indemniser que partiellement les biens de retour non amortis, puisse être prévue par le contrat lorsque le concessionnaire est une personne publique. Ce considérant fait ainsi écho aux conclusions de son rapporteur public, Gilles Pelissier pour qui « c'est bien parce qu'il s'agit d'une personne privée qui dispose intégralement de ses droits que [la limite à la liberté contractuelle] ne joue pas. Lorsque, comme en l'espèce, le concessionnaire est aussi une personne publique, elle doit bénéficier de la règle de l'indemnisation du retour anticipé du bien à sa valeur nette comptable qui s'applique à tous les biens de retour et à toutes les personnes publiques ». Il en ressort que l'indemnisation à la seule valeur nette comptable procède d'un motif strictement organique sans autre justification que le statut de personne publique.

Le sens de cette motivation n'est guère explicite. Peut-être faut-il voir dans ce raisonnement la volonté de se soustraire à l'acceptation libérale du principe d'interdiction des libéralités dont la consécration ne vise qu'à sanctionner les excès (CE, 19 mars 1971, Mergui : Lebon, p. 235, concl. Rougevin-Baville ; AJDA 1971, p. 303, chron. Labetoulle et Cabanes ; AJDA 1971, p. 274. – B. Delaunay, L'interdiction de condamner une personne publique à une somme qu'elle ne doit pas, in Mél. Darcy : Bruylant, 2012, p. 199. – B. Dacosta, Conditions d'homologation d'une transaction par le juge de cassation : RJEP 2008, comm. 48). Ainsi, peut-il être émis l'hypothèse suivant laquelle le Conseil d'État aurait préféré exclure toute liberté contractuelle pour ne pas soumettre les personnes publiques à l'obligation de ne pas consentir d'indemnisations manifestement disproportionnées.

S'agissant de la protection des intérêts des personnes publiques lorsqu'elles ont le statut d'autorités concédantes, un régime propre aux biens de retour pouvait s'entendre en considération du fait que ceux-ci leur appartenant et devant leur revenir gratuitement à l'issue du contrat, une indemnisation à la valeur nette comptable constituait le pendant de ce statut.

Cependant, l'application symétrique de ce raisonnement aux personnes publiques concessionnaires paraît davantage sujette à caution faute de voir expliciter ce que le Conseil d'État déduit de l'évocation du statut de personne publique que la seule prohibition des libéralités jusqu'à présent applicable au nom de la protection des deniers publics, ne suffisait pas à garantir. Cette position interroge en outre en ce qu'elle est, comme le précisait le rapporteur public, étrangère aux statuts de cocontractant de sorte que celui d'autorité concédante ou de concessionnaire soit indifférent aux conclusions à tirer quant au régime d'indemnisation des biens de retour.

La rigidité contractuelle qui ressort de ces jurisprudences ne laisse pas de poser quelques difficultés que l'on avait déjà pu déceler dès lors que l'assemblée du contentieux n'avait pas suivi les conclusions de son rapporteur public.

B. - Les limites de l'acception comptable

Bien que les investissements constituent un élément structurant des concessions en ce qu'ils sont à la fois une donnée déterminante pour la définition de la durée des contrats fondée sur la notion d'amortissement économique des investissements (CE, 11 août 2009, n° 303517, Sté Maison Comba : JurisData n° 2009-007564. – CE, 8 févr. 2010, n° 323158, Cne Chartres : JurisData n° 2010-000413) mais encore pour l'équilibre financier de la concession, le Conseil d'État s'est refusé à lui conférer un statut juridique directement corrélé à leur valeur économique. Ainsi, Bertrand Dacosta avait-il proposé « d'ouvrir aux parties la possibilité d'une approche globale, permettant de moduler tel ou tel chef de préjudice pour tenir compte des éventuelles contreparties et de l'équilibre d'ensemble ». Proposant d'étendre les principes posés dans l'arrêt CCI de Nîmes, à l'indemnisation des biens de retours non amortis, le rapporteur public concluait qu'elle ne devait échapper à la volonté des parties que dans la limite où elle contreviendrait au principe d'interdiction des libéralités.

En consacrant dès ses origines (CE, 9 nov. 1895, Ville de Paris : Lebon, p. 142. – CE, 9 déc. 1898, Cie du gaz de Castelsarrazin : Lebon, p. 782. – CE, 31 mars 1922, Cie de l'éclairage des villes : Lebon, p. 304. – CE, 28 mars 1928, Sté L'Énergie électrique de la Basse-Isère) la propriété ab initio des biens nécessaires au service public même acquis par le concessionnaire, le Conseil d'État leur a affecté un statut foncièrement comptable. Cette vocation n'a guère évolué dans la mesure où le lien juridique conservé avec les biens de retour par le concessionnaire reste réduit à leur identification en tant qu'actif dans leur comptabilité ce qui procure l'avantage a minima pour les opérateurs économiques soumis à l'impôt sur les sociétés de pouvoir déduire de leur bénéfice, ces amortissements. Les investissements dans les concessions restent ainsi isolés du reste du contrat dont la résiliation permet néanmoins l'application de la jurisprudence CCI de Nîmes pour les autres postes de préjudice. Il en ressort qu'il convient notamment, pour disposer d'une évaluation complète du préjudice subi par le concessionnaire, d'apprécier l'amortissement économique des investissements, rarement corrélé à l'amortissement comptable, pour l'intégrer dans les autres postes de préjudices.

Suivant cette acception des biens de retours, les limites de cette théorie ne manquent pas de se faire ressentir. Ainsi, selon l'arrêt du 26 février 2016, Syndicat mixte de chauffage urbain de la Défense (CE, 26 févr. 2016, n° 384424 : JurisData n° 2016-003583), si une autorité concédante peut demander l'indemnisation d'un bien de retour détruit en cours d'exécution du contrat, elle peut, au titre de ses prérogatives et pouvoirs dans l'exécution de la concession, renoncer à la reconstitution de ces biens. Ainsi avait-il pu être déjà souligné que « l'objet et les conséquences de cette renonciation ne sont pas parfaitement clairs » (L. Janicot, J.-F. Lafaix, Un bien de retour restera toujours... un bien de retour ! : AJDA 2016, p. 1645). Dès lors, le Conseil d'État renvoie à la cour d'appel de Paris le soin de définir les modalités d'indemnisation des biens de retours détruits à laquelle le syndicat n'a pas renoncé. Si prévaut, suivant l'arrêt Commune de Douai, une acception objective des biens à leur valeur nette comptable, elle ne manquera pas de poser quelques problèmes lorsqu'il s'agira de tirer les conséquences financières de la disparition de

biens qui ne figurent plus dans la comptabilité et dont le concessionnaire ne peut plus tirer aucun parti économique et notamment fiscal. Les limites de cette conception comptable des biens de retour se manifestent par ailleurs lorsque le Conseil d'État admet indirectement dans cet arrêt, l'emprise de la volonté des parties sur l'indemnisation des biens de retours que l'arrêt d'assemblée Commune de Douai s'était ingénié à écarter s'agissant des personnes publiques, en admettant la renonciation à l'indemnisation des biens de retour détruits. Si, suivant l'adage justinien, « chacun est libre de renoncer à ce qui a été introduit en sa faveur » (J. Carbonnier, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, in Travaux de l'Association René Capitant, 1959-1960, t. XIII : Paris Dalloz, 1963, p. 283), il paraît néanmoins difficile de ne pas y voir l'expression d'une libéralité peu conforme à l'objectivation du régime des biens de retour.

On pouvait douter que le Conseil d'État batte en brèche, à peine quelques années passées, sa jurisprudence de principe. Cependant, il n'était peut-être pas nécessaire qu'elle trop embrasse. Ainsi, rejoignons-nous le point de vue de Gilles Pelissier dans ses conclusions sous l'arrêt du 26 février 2016, qui n'avait pas manqué de souligner « l'inadaptation de la théorie des biens de retour pour résoudre le problème » qu'il lui était soumis alors que cette théorie avait fondamentalement « été construite pour déterminer d'une part les droits du concessionnaire sur ces biens pendant l'exécution, et notamment la possibilité d'être autorisé à les valoriser et d'autre part la répartition des biens existants à l'expiration de la convention et les droits qui en découlent ».