

Septembre 2008

**Mise en œuvre du principe d'utilisation partagée des
infrastructures publiques de génie civil**

Etude réalisée par Monsieur Emmanuel Glaser, Conseiller d'Etat

ETUDE RELATIVE A LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'UTILISATION PARTAGEE DES INFRASTRUCTURES PUBLIQUES DE GENIE CIVIL

L'article 134 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, dans sa rédaction issue de l'article 13 de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur dispose que les conventions conclues avec les communes ou leurs groupements pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés en cours d'application à la date d'entrée en vigueur de l'article L. 33-1 du code des postes et communications électroniques (CPCE), ainsi que les cahiers des charges qui y sont annexés, doivent être mis en conformité avec les dispositions de cet article dans un délai de deux ans.

Le deuxième alinéa de l'article 134 précise qu'« afin de veiller au respect du principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés de communications électroniques, les modalités de mise en conformité garantissent l'utilisation partagée des infrastructures publiques de génie civil entre opérateurs de communications électroniques ».

Il résulte des éléments que vous m'avez fournis que l'absence de consensus entre les collectivités locales et le câblo-opérateur a empêché l'adaptation de ces conventions. Il semble, en outre, que le refus de Numéricâble de mettre ses installations à disposition des autres opérateurs puisse lui donner un avantage concurrentiel sur le marché. Les questions que vous m'avez soumises se posent, donc, dans un contexte relativement conflictuel, dans lequel un aménagement des conventions par accord entre les parties est, dans beaucoup de cas, peu probable. Du point de vue juridique, le conflit porte essentiellement sur la qualification comme délégations de service public ou conventions d'occupation domaniale, des contrats conclus entre le câblo-opérateur et les collectivités territoriales. Je ne reviendrai pas ici sur ce point qui a fait l'objet de l'étude remise en juillet 2007.

En tout état de cause, le champ d'application de la présente étude, qui porte sur la mise en œuvre du principe d'utilisation partagée, dépend moins de la qualification des conventions concernées que du sens que l'on donne à l'expression « infrastructures publiques de génie civil », figurant au deuxième alinéa de l'article 134.

Or, ce deuxième alinéa, qui ne figurait pas dans le projet du gouvernement, a été introduit, à un stade très tardif des débats parlementaires, par la commission mixte paritaire, de sorte qu'il n'est pas possible de connaître les intentions exactes du législateur, le rapport au Parlement de la commission ne donnant aucune indication.

Il me semble, toutefois, que, dans le contexte dans lequel elle est employée, cette expression peut viser aussi bien les infrastructures de génie civil construites dans le cadre de délégations de service public que celles qui l'ont été dans le cadre de conventions d'occupation domaniale.

Il faut, en effet, resituer cet alinéa dans son contexte pour en comprendre la portée.

Il vient après le premier alinéa qui supprimait le régime d'autorisation préalable au profit d'un simple régime déclaratif. Cet alinéa imposait, donc, pour assurer le « respect du principe d'égalité et de libre concurrence sur les marchés des communications électronique », de mettre fin au monopole des opérateurs déjà en place et de supprimer les clauses d'exclusivité

dans toutes les conventions en cours, quelle que soit leur qualification, concessions de service public ou conventions d'occupation domaniale.

Le deuxième alinéa renvoie directement à cette mise en conformité, puisqu'il prévoit que ce sont « les modalités » de celle-ci qui doivent garantir l'utilisation partagée des infrastructures. Dès lors que la mise en conformité s'impose à toutes les conventions, on peut en déduire que l'utilisation partagée vaut également pour toutes les conventions, dès lors que les biens en cause peuvent être qualifiés d'« infrastructures publiques » au sens de la loi.

Or, sans entrer ici dans le débat très délicat sur la propriété des ouvrages édifiés par l'occupant contractuel du domaine public, il n'est pas contesté que les droits réels éventuels dont il dispose sur ces ouvrages sont des droits très amoindris par rapport au droit de propriété classique. Ces droits sont limités par les exigences et les contraintes propres à toute occupation domaniale, qui en font un droit de propriété diminué, notamment vis-à-vis de la personne publique. Il n'est pas contesté, non plus, que les biens édifiés par l'occupant du domaine public deviennent la propriété de la personne publique à l'expiration du titre.

On peut, donc, estimer que ce droit réel, qui n'est pas un véritable droit de propriété plein et entier, ne fait pas obstacle à la qualification de ces infrastructures comme publiques au sens de l'article 134 et, donc, à leur soumission à l'obligation d'utilisation partagée.

En réalité, compte tenu de l'objectif même de la loi, du coût de toute duplication de ces infrastructures et du débat qui a existé au Parlement sur la qualification des conventions, il est vraisemblable qu'il faille donner un sens large à cette expression, qui recouvre toutes les infrastructures qui dépendent, d'une façon ou d'une autre, des personnes publiques. Or, tel est bien le cas des ouvrages construits tant par le concessionnaire que par l'occupant domanial.

Il me paraît, donc, nécessaire d'examiner les moyens concrets de mise en œuvre du deuxième alinéa de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 aussi bien dans le cadre du régime de la délégation de service public que dans celui de la convention d'occupation domaniale. Compte tenu des différences existant sur certains points entre ces deux régimes, j'examinerai successivement ces deux types de contrat.

1. La collectivité concédante dispose des pouvoirs les plus étendus pour contraindre le délégataire de service public à ouvrir ses infrastructures.

1. 1. La collectivité publique peut résilier la concession, pour un motif d'intérêt général ou pour faute¹.
 - La résiliation pour motif d'intérêt général.

La collectivité concédante peut, d'abord, résilier la concession pour un motif d'intérêt général. Le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat est reconnu par une jurisprudence ancienne et

¹ En matière de concession, on emploie traditionnellement le terme de « rachat » pour parler de la résiliation pour motif d'intérêt général et de « déchéance » pour évoquer la résiliation pour faute. Dans les deux cas, il s'agit de mettre fin unilatéralement à la concession avant son terme.

constante, qui le qualifie de « règle générale applicable aux contrats administratifs »². Il existe même en l'absence de toute stipulation le prévoyant et l'administration ne peut y renoncer par voie contractuelle³.

Ce pouvoir s'applique à tous les types de contrats administratifs, y compris aux délégations de service public.

Le doute qui pouvait exister s'agissant de ce type de contrats a été levé par la jurisprudence, qui a clairement affirmé qu'une collectivité publique peut toujours « en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, (...) mettre fin avant son terme à un contrat de concession dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé doit être abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en ont organisé l'exercice »⁴.

Les motifs qui peuvent justifier une résiliation sont très variés : réorganisation du service⁵, notamment la volonté de le confier à un établissement public⁶ ou de le reprendre en régie. En revanche, à la différence de la convention d'occupation domaniale, la concession de service public ne peut être résiliée pour des motifs purement financiers⁷.

Les motifs de résiliation incluent, notamment, une modification de la réglementation qui impose de conclure la concession dans un nouveau cadre. Ainsi, dans la décision TV 6 précitée, le Conseil d'Etat a admis que les modifications du régime juridique des services de télévision par voie hertzienne et ses conséquences sur le fonctionnement des chaînes de télévision, notamment compte tenu de la privatisation envisagée de l'une d'entre elles et des nouvelles règles concernant la diffusion des œuvres cinématographiques et en matière de publicité constituaient un motif d'intérêt général justifiant la résiliation de la concession de M. 6, même si, au cas d'espèce, il a annulé la décision parce que cette réforme ne constituait, à la date de la décision attaquée, qu'un simple projet.

L'adaptation de la concession aux exigences du droit de la concurrence constitue certainement un autre motif légal de résiliation de la concession⁸, au moins depuis que le Conseil d'Etat

² CE, 17 mars 1864, Paul Dupont ; CE, 9 décembre 1927, Consorts Gargiulo, Rec. CE p. 1198 ; CE, Assemblée, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. CE p. 246, AJDA 1958 p. 282 conclusions J. Kahn, D. 1958.J.730 note A. de Laubadère, s'agissant de marchés.

³ CE, 6 mai 1986, Association Eurolat, précitée.

⁴ CE, Assemblée, 2 février 1987, Société TV 6, Rec. CE p. 28, RFDA 1987 p. 29 conclusions M. Fornacciarri, AJDA 1987 p. 314 chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre ; CE, 22 avril 1988, Société France 5 et Association des fournisseurs de la Cinq, Rec. CE p. 157, AJDA 1988 p. 540 note B. D., Rev. adm. 1988 p. 240 note Ph. Terneyre ; CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, Rec. CE p. 334, JCP G, II, 1997, 22790 conclusions J.-M. Delarue, AJDA 1996 p. 788 note J.-P. Gilli.

⁵ CE, 30 juin 1933, Société Le centre électrique, Rec. CE p. 707, Sirey 1934.3.17 note Mestre.

⁶ CE, 26 février 1975, Société du port de pêche de Lorient, Rec. CE p. 155.

⁷ Voir par exemple, outre l'arrêt précité du 26 février 1975, CE, 13 juin 1980, Société du port de pêche de Lorient, n° 10739, inédite au Rec. CE.

⁸ On notera sur ce point qu'il n'existe pas de principe général du droit des concessions aux termes duquel le concédant serait tenu de protéger le concessionnaire contre la concurrence. Seules peuvent être invoquées en la matière les stipulations contractuelles (CE, 25 juillet 2001, Ville de Toulon, Rec. CE tables p. 1039 ou CE, 10 octobre 2007, Société SPS Tarbes, n° 217307, à mentionner aux tables du Rec. CE, BJCP 2008 p. 487 conclusions D. Casas, JCP A 2007.2316 note Guettier, RLCT 31/08 note E. Glaser). Il semble résulter des contrats que vous m'avez communiqués que de telles clauses y figurent (art. 3.1 de la convention de concession

soumet au respect du droit de la concurrence l'ensemble des actes de l'administration, y compris l'attribution des concessions de service public⁹.

La nécessité d'ouvrir les infrastructures de génie civil à l'ensemble des opérateurs, comme l'impose la loi de 2007, constitue certainement un motif légal de résiliation des concessions.

Le rachat de la concession implique, en principe, l'indemnisation pleine et entière du concessionnaire. Cela signifie qu'il doit être indemnisé de la valeur non amortie des biens qui reviennent au concédant, les biens de retour¹⁰. S'agissant des biens de reprise, ils sont, selon le professeur Richer, « normalement rachetés à leur valeur vénale »¹¹.

Le concessionnaire a, également, droit à la réparation du gain manqué, le *lucrum cessans*, à supposer, évidemment, qu'il puisse établir qu'il aurait réalisé un bénéfice¹².

- La résiliation pour faute.

Outre la résiliation pour motif d'intérêt général, l'administration dispose du pouvoir de résilier un contrat administratif pour faute de son cocontractant, même dans le silence du contrat¹³.

Mais, on considère depuis le début du XX^e siècle que, compte tenu du fait que le contrat de concession est un contrat de longue durée, qui suppose de la part du concessionnaire des investissements importants et qui porte sur la gestion d'un service public, pour lequel la continuité est essentielle, la déchéance du contrat de concession « doit conserver le caractère de sanction exceptionnelle », selon la formule de Romieu¹⁴ et ne peut être justifiée que par des fautes d'« une particulière gravité »¹⁵.

Ont été admises comme constituant des fautes justifiant la déchéance : les défaillances dans le fonctionnement du service, l'arrêt ou l'interruption de l'exploitation¹⁶ ; « la méconnaissance

relative au réseau câblé de Strasbourg, art. 2.1. de la convention d'exploitation du réseau câblé de la ville d'Orléans).

⁹ CE, Section, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. CE p. 406 et, même date, Société Intermarbres, Rec. CE p. 393 avec conclusions J.-H. Stahl, RFDA 1997 p. 1228 conclusions J.-H. Stahl, AJDA 1997 p. 945 chronique T.-X. Girardot et F. Raynaud, RDPI 1998 p. 256 note Y. Gaudemet.

¹⁰ CE, 6 février 1981, Commune de Saint-Georges-de-Didonne, Rec. CE tables p. 812 ; le même principe s'applique en cas de résiliation amiable : CE, 20 mai 1994, Société Le gardiennage industriel », Rec. CE tables p. 1038.

¹¹ L. Richer, op. cité n° 358.

¹² Voir par exemple CE, 11 août 1922, Compagnie des chemins de fer de l'Est algérien, Rec. CE p. 737 ; CE, 20 décembre 1961, Département des Basses-Pyrénées c/ Cie des chemins de fer de Bayonne-Anglet-Biarritz, Rec. CE p. 733 ; CE, 31 octobre 1980, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c/ Société du port de pêche de Lorient, Rec. CE p. 401.

¹³ CE, 30 septembre 1983, SARL Comexp, Rec. CE p. 393.

¹⁴ CE, 20 janvier 1905, Cie départementale des eaux, Rec. CE p. 54 avec conclusions Romieu. Deux ans plus tard, Romieu réaffirmait la même idée : « la déchéance (...) est, en matière de concession, une mesure tellement grave que l'on devra hésiter avant d'y avoir recours. D'un part, en effet, la déchéance ne doit être prononcée que pour des infractions d'une réelle gravité... », conclusions sous CE, 31 mai 2007, Deplanque, Rec. CE p. 513.

¹⁵ Selon la formule de la décision Nouvelle société fermière de Luxeuil (CE, 13 juin 1947, Rec. CE p. 259).

¹⁶ CE, 6 juillet 1966, Société du théâtre Marigny, Rec. CE p. 448 ou CE, 26 novembre 1971, SIMA, Rec. CE p. 723.

systematique de ses obligations par le concessionnaire »¹⁷ ; le refus d'obéir aux injonctions du concédant¹⁸ ; des manquements aux obligations financières¹⁹.

En l'espèce, il me semble qu'un refus répété et systématique du concessionnaire d'ouvrir ses installations à d'autres opérateurs constituerait une faute de nature à justifier la déchéance de la concession, d'autant plus que celle-ci pourrait apparaître comme le seul moyen d'assurer le respect de la loi.

Compte tenu, toutefois, de la gravité de cette sanction, le principe des droits de la défense s'applique et le cocontractant doit être mis en demeure de respecter ses obligations et mis à même de présenter ses observations, c'est-à-dire informé de la sanction que la collectivité envisage de prendre à son encontre²⁰. La sanction doit être motivée, en application de la loi du 4 juillet 1979²¹.

Par ailleurs, il est de règle que, sauf si le contrat en stipule autrement²², la déchéance ne peut être prononcée que par le juge, auquel la collectivité concédante doit la demander²³.

On notera qu'alors même que la déchéance est prononcée, par définition, pour une faute grave, le concessionnaire a le droit d'être indemnisé de la valeur non amortie des ouvrages qu'il a construits²⁴. Il n'a, en revanche, droit à aucune autre indemnisation, mais doit, au contraire, indemniser la collectivité des conséquences onéreuses de la résiliation²⁵.

La résiliation unilatérale de la concession par l'administration, pour motif d'intérêt général ou pour faute, rend celle-ci immédiatement et pleinement propriétaire des biens de retour, c'est-à-dire, au moins²⁶, de l'ensemble des infrastructures de génie civil et des ouvrages nécessaires à l'exploitation du service.

Le concessionnaire devient, alors, occupant sans titre de ce domaine et la collectivité peut demander au juge administratif du référé son expulsion²⁷, éventuellement sous astreinte²⁸.

¹⁷ CE, 24 octobre 1947, Société des eaux d'Yport, Rec. CE p. 389.

¹⁸ CE, 8 mars 1939, Berthod, Rec. CE p. 147.

¹⁹ CE, 11 décembre 1935, Cie fermière de Luchon, Rec. CE p. 1169, s'agissant du refus par le concessionnaire de payer les redevances dues à l'administration ou CE, 18 novembre 1983, Ouhayoun, Rec. CE tables p. 650, s'agissant d'un concessionnaire qui refuse de produire ses documents comptables et a augmenté illicitement ses tarifs.

²⁰ CE, 5 juillet 1967, Commune de Donville-les-Bains, Rec. CE p. 297.

²¹ Sur toutes ces obligations de procédure, voir CE, 23 juin 1986, Thomas, Rec. CE p. 167, RFDA 1987 p. 194 conclusions B. Stirn, AJDA 1986 p. 550 chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

²² Le contrat peut valablement prévoir que la personne publique pourra prononcer elle-même la déchéance (CE, 17 novembre 1944, Ville d'Avallon, Rec. CE p. 294 ; CE, 31 mars 1954, Salini, Rec. CE tables p. 843).

²³ CE, 20 janvier 1905, Cie départementale des eaux, précitée ; CE, 17 novembre 1944, Ville d'Avallon, précitée ; CE, 21 novembre 1980, Syndicat intercommunal d'organisation de la station de Peyre-sous-Balestas, Rec. CE p. 483).

²⁴ CE, 20 mars 1957, Société des Etablissements thermaux d'Ussat-les-Bains, Rec. CE p. 182.

²⁵ CE, 27 février 1935, Société des eaux et du gaz de Courtenay, Rec. CE p. 256 ; CE, 20 septembre 1983, SARL Comexp, précitée ; CE, 20 janvier 1988, Société d'étude et de réalisation des applications du froid, Rec. CE p. 29.

²⁶ Pour les biens de reprise, il y a lieu de s'en remettre aux stipulations contractuelles qui peuvent prévoir, par exemple, le rachat par la commune ou le retour à titre gratuit s'ils ont été amortis.

²⁷ Article L. 521-3 du code de justice administrative qui permet « en cas d'urgence » d'ordonner toutes mesures utiles. Cet article est très fréquemment utilisé pour ordonner à des occupants sans titre du domaine public d'évacuer la dépendance domaniale indûment occupée (CE, Section, 16 mai 2003, SARL Icomatex, Rec. CE p. 228 ; CE, 28 mai 2001, Société Codiam, Rec. CE tables p. 1136).

1. 2. Dans le cadre de la concession, la collectivité dispose de pouvoirs étendus pour contraindre le concessionnaire à respecter l'obligation posée par la loi de 2007.

Sauf dans l'hypothèse évoquée au 1. 1. où la collectivité publique choisirait de mettre fin unilatéralement à la concession, il y a lieu de raisonner dans le cadre contractuel. En effet, si la concession n'est pas dénoncée, elle continue à produire ses effets et à fixer les obligations des parties.

C'est, donc, nécessairement à la collectivité concédante qu'il appartient d'agir pour mettre le contrat en conformité avec la loi et non au préfet.

S'agissant d'une concession de service public, l'administration dispose, en tant que personne publique responsable du service, de toutes les prérogatives propres au droit des concessions.

- La collectivité publique peut imposer unilatéralement la modification de la convention pour assurer la mise en œuvre de l'article 134.

Le pouvoir de modification unilatérale du contrat de concession est admis depuis un siècle²⁹. Discuté par la doctrine, il a été solennellement réaffirmé en 1983, le Conseil d'Etat jugeant qu'il fait partie « des règles générales applicables aux contrats administratifs »³⁰. Il appartient à l'administration, indépendamment de toute clause du contrat et de toute volonté des parties.

Ce pouvoir est, toutefois, limité par l'interdiction de bouleverser le contrat³¹ et par l'impossibilité de modifier ses clauses financières³².

Il doit être exercé par l'administration elle-même, qui ne peut, sur ce point, s'en remettre au juge³³.

Enfin, il implique l'indemnisation intégrale du concessionnaire. Comme le dit la décision Ville de Saint-Malo, précitée, « le préjudice éprouvé par la ville de Saint-Malo et imputable à cette décision doit, même en l'absence de toute stipulation expresse du cahier des charges applicable au cas de l'espèce, être réparé par l'Etat »³⁴.

²⁸ CE, 21 décembre 1994, Commune d'Aurillac c/ Valentin, Rec. CE tables p. 971 ou CE, 6 avril 2001, Ministre de l'éducation nationale c/ Cros Decam et Mme Michel, Rec. CE tables p. 1136

²⁹ CE, 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, Rec. CE p. 216 avec conclusions L. Blum, GAJA 16^{ème} éd. n° 22. L'arrêt antérieur du 10 janvier 1902, Cie nouvelle du gaz de Deville-Lès-Rouen (Rec. CE p. 5, GAJA 16^{ème} éd. n° 9), qui affirmait le principe de mutabilité des contrats administratifs, fondait encore celle-ci sur la volonté des parties.

³⁰ CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. CE p. 33, RDP 1984 p. 212 note J.-B. Auby, RFDA 1984 p. 45 note F. Llorens. Dans ses conclusions sur la décision de Section SA d'étude de participation et de développement, le président Genevois disait que ce pouvoir « constitue un élément de la théorie générale des contrats administratifs » (CE, Rec. p. 498, RFDA 1984 p. 39 conclusions B. Genevois).

³¹ CE, 3 avril 1925, Ville de Mascara, Rec. CE p. 382, la commune ne peut changer, par voie de modification unilatérale, l'objet de la concession.

³² CE, 9 mars 1951, Didonna, Rec. CE p. 149 ou CE, 7 décembre 1973, Le Couteur et Sloan, Rec. CE p. 705.

³³ CE, 3 mai 1974, Société concessionnaire du Parking Saint-Honoré c/ Ville de Paris, Rec. CE p. 262

³⁴ Sur les conditions de cette indemnisation, je renvoie à mon rapport de juillet 2007.

Il ne me semble pas que les modifications imposées par la loi du 9 juillet 2004 modifiée, qui ne portent pas sur les stipulations financières du contrat, excèdent ce qui peut être fait dans le cadre de ce pouvoir de modification unilatérale. Il appartiendrait, en tout état de cause, au cocontractant de démontrer devant le juge que l'ouverture des équipements aux autres opérateurs a entraîné un bouleversement de l'économie du contrat, ce qui, de toute façon, ne pourrait, alors, conduire qu'à sa résiliation.

Dans la présente situation, l'administration pourrait, ainsi, modifier unilatéralement le contrat pour, d'une part, supprimer les clauses d'exclusivité et, d'autre part, prévoir l'obligation pour le concessionnaire de permettre l'accès et l'utilisation des infrastructures de génie civil par d'autres opérateurs.

En l'absence d'accord du cocontractant, la décision prendrait la forme d'un arrêté municipal. Celui-ci peut très bien prévoir que les agents de la collectivité ont accès aux infrastructures pour organiser le partage.

En revanche, il ne paraît pas possible pour la collectivité d'assurer l'exécution d'office de cette décision. Aucune loi ne prévoit la possibilité d'une telle exécution, une voie de droit existe pour sanctionner le comportement du concessionnaire récalcitrant³⁵, enfin, il paraît difficile d'établir qu'il y a urgence. Aucune des trois hypothèses dans lesquelles l'administration peut avoir recours à l'exécution forcée ne paraît donc remplie.

Par ailleurs, l'absence d'accord avec le cocontractant rendra et le recours à la modification unilatérale du contrat rendront plus difficile l'indemnisation du concessionnaire, qui ne peut résulter que d'une négociation entre les deux parties. Si cette négociation n'est pas possible, il appartient à la collectivité publique de proposer un montant, qui peut être très faible, voire nul, si elle estime que l'ouverture à la concurrence n'a pas d'effet sur l'économie du contrat ou si elle ne dispose pas des éléments permettant de chiffrer le préjudice subi. Si ce montant ne convient pas au cocontractant, il doit saisir le juge du contrat d'un recours indemnitaire.

S'agissant de l'organisation des rapports entre les nouveaux opérateurs et le concessionnaire, il est évident, là encore, que l'absence d'accord entre le concédant et le concessionnaire ne facilitera pas les choses. Faute d'un tel accord, il appartient à la collectivité concédante de fixer les règles applicables, qui, si la signature d'une convention tripartite n'est pas possible, devraient être adoptées sous la forme d'un arrêté municipal³⁶.

- La collectivité publique dispose du pouvoir de contrôler l'action de son cocontractant.

La collectivité compétente pour organiser le service public en cause est, en principe, compétente pour contrôler l'exploitation de ce service par le délégataire³⁷. La doctrine considérait traditionnellement que ce pouvoir de contrôle était inhérent à la concession de service public et pouvait donc s'exercer en l'absence même de toute stipulation le prévoyant³⁸.

³⁵ Voir ci-dessous p. 26 les développements sur le pouvoir de sanction.

³⁶ Il paraît, en effet, difficile de s'en tenir à une convention bilatérale entre la commune et le nouvel opérateur, dès lors que ce contrat n'aurait aucun effet sur Numéricâble, auquel il ne serait pas opposable.

³⁷ CE, 21 mars 1948, *Electricité de France*, Rec. CE p. 224.

³⁸ Voir notamment A. de Laubadère et alii, *Traité des contrats administratifs*, op. cité, n° 1180 et suivants, notamment n° 1193 et 1194, qui affirment « on peut dire que la définition même de la concession de service public implique l'existence de pouvoirs de contrôle du concédant (...). Il [en] résulte que les pouvoirs de contrôle ne sont pas forcément limités à ce qui a pu être stipulé dans le contrat et ne sont pas fixés de manière

Mais, cette affirmation doit, aujourd'hui être nuancée. Le professeur Richer estime, au contraire, qu'« il est permis de considérer que l'affirmation quasi unanime selon laquelle le pouvoir de contrôle figure au nombre des règles générales du contrat administratif, et, en particulier, de la concession, n'est pas étayée par la jurisprudence »³⁹.

Il me semble, pour ma part, que ce qui est exclu, hors stipulation contractuelle, c'est que l'administration dispose vis-à-vis de son concessionnaire d'un pouvoir de direction. Un tel pouvoir irait directement à l'encontre de la nature même de la concession qui réside dans la gestion du service aux risques et périls du concessionnaire. En revanche, il me paraît difficile de ne pas reconnaître à l'administration, même en l'absence de toute stipulation contractuelle en ce sens, un pouvoir de surveillance et de contrôle des conditions dans lesquelles le contrat s'exécute et notamment du respect par le cocontractant de ses obligations⁴⁰.

En outre, s'agissant des délégations de service public des collectivités territoriales, le législateur a prévu diverses dispositions renforçant les pouvoirs de ces collectivités sur leur délégataire.

Ainsi, l'article L. 1411-3 du CGCT, introduit par la loi du 8 février 1995, dispose que « le délégataire produit chaque année avant le 1^{er} juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public ».

L'article R. 1411-7, issu du décret n° 2005-236 du 14 mars 2005, énumère très précisément l'ensemble des éléments que doit comprendre ce rapport annuel, notamment le compte de résultat, avec un tableau comparatif par rapport à l'année précédente, un état des variations du patrimoine immobilier, « un compte rendu des biens et immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public délégué comportant notamment une description des biens », un état du programme d'investissement et de renouvellement des biens nécessaires à l'exploitation du service public, « un inventaire des biens désignés au contrat comme biens de retour et de reprise du service délégué ». Il ajoute que l'analyse de la qualité du service doit être appréciée à partir d'indicateurs définis par voie contractuelle et doit permettre « d'apprécier la qualité du service rendu et les mesures proposées par le délégataire pour une meilleure satisfaction des usagers » et que l'annexe doit comprendre « un compte rendu technique et financier comportant les informations utiles relatives à l'exécution du service et notamment les tarifs pratiqués, leur mode de détermination et leur évolution, ainsi que les autres recettes d'exploitation ».

Ces dispositions s'appliquent quelles que soient les stipulations du contrat de concession et donnent au concédant toutes les informations nécessaires sur l'état de la délégation et notamment sur les biens, leur consistance, leur emplacement, leur état d'entretien et de

immuable par celui-ci ; l'administration peut, dans l'intérêt général, élargir les moyens de contrôle prévus par le contrat... ».

³⁹ L. Richer, op. cité, n° 389.

⁴⁰ Voir sur ce point l'article de A. Roblot-Troizier « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », RFDA 2007, p. 990 : « dès lors si l'administration se doit de surveiller l'exécution du contrat, elle ne saurait, en principe et à moins qu'il n'en soit disposé autrement, intervenir dans cette exécution au point de la diriger ».

renouvellement. Il n'est, notamment, pas possible pour Numéricâble de refuser de fournir le plan de ses réseaux. De ce point de vue, il est exclu qu'en cas de contentieux le juge accepte que la société se retranche derrière l'impossibilité qu'il y aurait pour elle à établir ces plans, s'agissant de réseaux qui constituent l'objet même de la délégation.

S'agissant, d'autre part, des gestionnaires d'infrastructures de communication électronique, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a modifié le CPCE, dont l'article L. 33-7 dispose dorénavant que « les gestionnaires d'infrastructures de communications électroniques et les opérateurs de communications électroniques communiquent gratuitement à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, à leur demande, les informations relatives à l'implantation et au déploiement de leurs infrastructures et de leurs réseaux sur leur territoire »⁴¹.

Compte tenu de l'ensemble de ces textes, il est clair que l'absence de transmission de ces informations à la personne publique et, *a fortiori*, le refus de les fournir constitueraient une faute de nature à justifier des sanctions.

En outre, il me semble que, dans un tel cas, les communes auraient la possibilité de demander au juge administratif du référé d'enjoindre⁴² à l'opérateur de leur remettre ces documents, sous réserve d'établir l'urgence. Le Conseil d'Etat a, en effet, déjà accepté d'enjoindre à un cocontractant de l'administration, à l'encontre duquel celle-ci ne disposait pas de moyens de contrainte, de restituer ses archives⁴³. Il a de même enjoint sous astreinte à un concessionnaire du service des déchets ménagers, qui avait cessé l'exploitation du service, de remettre à la commune la benne que la ville lui avait cédée⁴⁴.

Les exemples de contrats que vous m'avez communiqués contiennent tous, comme il est habituel dans les concessions, des clauses permettant à l'administration de contrôler son cocontractant. Ainsi, la convention conclue par la ville de Strasbourg prévoit la création d'une commission mixte de suivi et de contrôle qui se réunit entre deux et six fois par an et dont les compétences sont très étendues, un compte rendu annuel très précis essentiellement financier et le droit du concédant « de procéder ou de faire procéder (...) à toute mesure ou contrôle qu'il jugera utile. L'Opérateur devra accorder pour ce faire toute facilité au concédant ou à son délégué »⁴⁵. Celle conclue par la ville d'Orléans comporte des stipulations similaires.⁴⁶

Il convient de remarquer que ces stipulations contractuelles sont applicables quelle que soit la qualification que l'on donne aux contrats en cause.

Dès lors que l'on se situe dans le cadre de ces contrats, la collectivité n'a pas à prendre un arrêté pour prévoir la fourniture de ces informations. Il lui suffit de passer un ordre de service ordonnant leur production.

⁴¹ Cet article s'applique quelle que soit la qualification du contrat.

⁴² Sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA précité.

⁴³ CE, 29 juillet 2002, Centre hospitalier d'Armentières, Rec. CE p. 307.

⁴⁴ CE, 30 octobre 1963, SARL Sonetra représentée par les sieurs Esnault et Giraudet, Rec. CE p. 520. Voir également : CE, 24 février 1982, Société « Entreprise industrielle et financière pour les travaux publics et le bâtiment » et autres, Rec. CE p. 87, pour une injonction au concessionnaire déchu de cesser l'exploitation du service.

⁴⁵ Articles 13, 14 et 15 de la convention générale d'établissement relative au réseau câblé de Strasbourg et 13 de la convention de concession.

⁴⁶ Articles 11, 12 et 15 du contrat d'exploitation du réseau câblé de la ville d'Orléans et article 12 de la concession d'établissement.

- La collectivité publique dispose d'un pouvoir de sanction.

L'administration dispose d'un pouvoir de sanction, qui ne dépend pas des stipulations du contrat : il existe même si le contrat ne le prévoit pas et, alors même que le contrat prévoit certaines sanctions, l'administration peut en prononcer d'autres⁴⁷. En l'espèce, par exemple, la circonstance que les contrats que vous m'avez communiqués ne prévoient que des pénalités de retard s'agissant de l'échéancier de développement du réseau et la sanction de la déchéance pour les fautes les plus graves ne fait pas obstacle à l'application d'autres sanctions pour assurer le respect des obligations contractuelles⁴⁸.

Ces sanctions peuvent aller de la mise sous séquestre de la concession, c'est-à-dire de la reprise en régie, à titre temporaire, de l'exploitation du service, mais aux frais du concessionnaire⁴⁹ aux sanctions pécuniaires. Ces dernières peuvent prendre la forme de dommages-intérêts, si l'administration a subi un préjudice du fait des manquements imputables au cocontractant et dans les conditions de droit commun de la responsabilité contractuelle pour faute, et les pénalités, qui sont des dommages-intérêts forfaitaires. Toutefois, compte tenu de leur nature, les pénalités ne peuvent être prononcées que si elles sont explicitement prévues par le contrat⁵⁰.

L'administration prononce elle-même les sanctions, sans avoir à s'adresser au juge⁵¹ et, s'agissant des sanctions pécuniaires, elle peut directement émettre un titre de perception, qu'il appartient au cocontractant de contester⁵².

Elle doit, en principe, respecter les droits de la défense et notamment notifier à son cocontractant les griefs précis qu'elle lui reproche⁵³.

2. La personne publique dispose de pouvoirs au moins aussi étendus vis-à-vis de l'occupant domanial, même titulaire d'une autorisation contractuelle⁵⁴.

L'ouverture à la concurrence constitue, pour une collectivité publique, un objectif légitime, qui peut justifier, notamment si cette ouverture ne peut pas être obtenue dans le cadre contractuel, la résiliation du contrat pour établir le service sur de nouvelles bases.

⁴⁷ CE, 31 mai 1907, Deplanque, précité. Comme le disait Romieu dans ses conclusions : « toute obligation contractuelle doit être sanctionnée ». Voir aussi : CE, 9 janvier 1957, Daval, Rec. CE tables p. 955, AJDA 1957.II.9 conclusions Laurent.

⁴⁸ On remarquera que telle était précisément la situation de l'arrêt Deplanque et que le commissaire du gouvernement a convaincu le Conseil d'Etat de reconnaître la possibilité de sanctions non prévues par le contrat pour ne pas forcer l'administration à devoir choisir entre l'arme absolue, la déchéance, et l'absence de sanction.

⁴⁹ CE, 30 mars 1928, Ville de Louhans, Rec. CE p. 481, mise sous séquestre prononcée, alors que le contrat ne prévoyait que la résiliation ; CE, 13 mars 1912, Quintyn, p. 362, mise sous séquestre prononcée à la place des pénalités financières prévues par le contrat ; CE, 23 juin 1944, Ville de Toulon, Rec. CE p. 180.

⁵⁰ CE, 27 octobre 1937, Ministre des finances c/ Sieur Chovin, Rec. CE p. 867 ; CE, 10 décembre 1965, Société des grands travaux de l'Est et entreprise Eugène Revert, Rec. CE p. 681.

⁵¹ A l'exception de la déchéance, comme il a été dit ci-dessus.

⁵² La jurisprudence admet, toutefois, que l'administration demande au juge le prononcé de sanctions financières (CE, 7 avril 1978, Sieur Blum et Société « Procédés Jacques Michel », n° 5559, inédite au Rec. CE ; CE, Section, 5 novembre 1982, Société Propétrol, Rec. CE p. 380, AJDA 1983 p. 259 conclusions D. Labetoulle).

⁵³ CE, 26 novembre 1993, SA du nouveau Port de Saint-Jean-Cap-Ferrat, Rec. CE tables p. 875.

⁵⁴ Je ne développerai, dans ce 2, que les spécificités de la convention d'occupation domaniale par rapport à la concession de service public, en renvoyant, pour ce qu'elles ont de commun, aux développements du 1.

2. 1. La collectivité publique peut résilier unilatéralement la convention d'occupation.

Le pouvoir de résiliation unilatéral est affirmé avec une force particulière dans le cas de l'occupation domaniale, dès lors que celle-ci est nécessairement soumise au principe fondamental du droit domanial qu'est la précarité⁵⁵.

Il peut être exercé soit pour motif d'intérêt général, soit pour faute.

- La résiliation pour motif d'intérêt général.

La jurisprudence affirme ainsi, avec constance, qu'il résulte des « principes généraux de la domanialité publique » que les occupants n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre⁵⁶ ou rappelle, selon une autre formule « le caractère précaire et révocable (...) commun à toutes les occupations du domaine public ». La décision Eurolat précitée, qui affirme la nullité des clauses par lesquelles l'administration renoncerait à son pouvoir de résiliation unilatérale, si sa portée dépasse les conventions d'occupation domaniale, a ainsi été rendue en matière domaniale. Ce pouvoir s'exerce, donc, aussi bien s'agissant des autorisations unilatérales que des conventions d'occupation domaniale⁵⁷.

De ce point de vue, l'existence de droits réels est sans incidence sur l'application de cette règle. Tous les auteurs favorables à une telle reconnaissance admettent que les droits en cause ne sont pas opposables à l'administration et ne peuvent faire obstacle au droit de celle-ci de mettre fin au contrat. Comme le dit le professeur Gaudemet lui-même : « Le droit réel de l'occupant domanial est un droit original, de la nature du droit de propriété et qui donne effectivement à l'occupant les « droits et prérogatives du propriétaire », pour la durée du titre, aux conditions de celui-ci et sous la réserve de la précarité attachée à toute autorisation domaniale »⁵⁸.

Comme en matière de délégation de service public, le motif d'intérêt général est conçu très largement par la jurisprudence⁵⁹. A l'origine seules des considérations tirées de l'intérêt du domaine pouvaient être invoquées par l'administration pour refuser⁶⁰ comme pour retirer l'autorisation⁶¹, mais le Conseil d'Etat a élargi la notion d'intérêt général pour englober « la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général »⁶².

⁵⁵ A la seule exception des concessions funéraires (CE, Assemblée, 21 octobre 1955, Dlle Méline, Rec. CE p. 491).

⁵⁶ CE, 14 octobre 1991, Hélie, Rec. CE tables p. 927.

⁵⁷ CE, Section, 6 mai 1932, Dlle Taillandier, Rec. CE p. 466, D. 1934.III.18 conclusions Rousselier, note Duclos, Sirey 1932.3.65 note P. L. ; CE, 23 juin 1976, Commune de Plabennec c/ Pelleau, Rec. CE tables p. 917 ; CE, 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, Rec. CE p. 45.

⁵⁸ Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, op. cité, n° 411.

⁵⁹ Sur ce point, voir J. Dufau, op. cité, p. 431 et suivantes.

⁶⁰ CE, Section, 1^{er} mars 1929, Société des transports en commun de la région toulousaine, Rec. CE p. 264, Sirey 1929.3.73 note A. Mestre ; CE, 10 mars 1933, Sieur Ruasse, Rec. CE p. 301 ; CE, 16 mars 1934, Société des fours à coke de Montluçon, Rec. CE p. 366.

⁶¹ CE, 29 novembre 1895, Bovis, Rec. CE p. 774 ; CE, 27 décembre 1901, Pécard frères, Rec. CE p. 924, Sirey 1902.III.33 note Hauriou ; CE, 6 juin 1902, Sieur Goret, Rec. CE p. 420 avec conclusions Romieu, lequel indique notamment : « la permission de voirie (...) ne peut être retirée que dans l'intérêt de la viabilité, de la circulation, de la sécurité : le retrait dans un intérêt privé ou dans l'intérêt financier de la commune constitue un détournement de pouvoir ».

⁶² CE, 5 novembre 1937, Société industrielle des schistes et dérivés, Rec. CE p. 897, décision qui juge, à propos d'un refus d'autorisation, qu'il appartient à l'administration « de rechercher, dans chaque cas particulier, non

Il admet, ainsi, l'invocation d'un intérêt esthétique⁶³, d'une meilleure organisation économique du domaine⁶⁴, des nécessités de la construction des ouvrages publics⁶⁵, de l'intérêt du service public, pour assurer sa protection, faciliter son exploitation ou permettre sa réorganisation⁶⁶, et même d'un intérêt financier⁶⁷.

L'adaptation de la convention d'occupation aux exigences du droit de la concurrence constitue certainement, comme pour les délégations de service public, un autre motif légal de résiliation du contrat.

Il faut, en effet, rappeler que le Conseil d'Etat juge maintenant que le maître du domaine doit tenir compte des règles de concurrence dans l'attribution des autorisations d'occupation⁶⁸. En l'espèce, les contrats ont déjà été attribués et ne sont pas illégaux du seul fait qu'il n'a pas été tenu compte du droit de la concurrence pour les attribuer, mais il est certainement légitime pour la collectivité publique de prendre en compte cet objectif dans le cadre de la gestion du domaine. Dès lors que la loi du 9 juillet 2004 a supprimé le régime d'autorisation au profit d'un simple régime déclaratif, ce qui fait nécessairement obstacle à ce que l'opérateur en place conserve son monopole, seule l'ouverture à tous les opérateurs intéressés des infrastructures existantes permet d'éviter la duplication des réseaux.

Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que les communes pourraient résilier les conventions d'occupation domaniale pour réorganiser le service public de l'exploitation du câble de façon rationnelle, c'est-à-dire sans duplication inutile des infrastructures existantes.

Se pose, en revanche, la question du droit à indemnisation du titulaire de l'autorisation en cas de résiliation pour motif d'intérêt général.

En règle générale, l'occupant évincé pour un motif d'intérêt général n'a droit à aucune indemnisation. Ce principe du droit domanial est, là encore, ancien et constant lorsqu'est en cause une autorisation unilatérale. Ainsi, dès la décision du 6 mai 1932, Dlle Taillandier, le Conseil d'Etat jugeait que les conclusions indemnitaires de l'intéressée devaient être rejetées,

seulement si les intérêts proprement dits du domaine dont elle a la garde sont ou non conciliables avec l'admission de la demande dont elle est saisie, mais encore si cette admission ne serait pas de nature à compromettre la sauvegarde d'autres intérêts de caractère général ». Voir aussi A. Mestre, « La révocation des permissions de voirie », Revue des concessions 1923, p. 5.

⁶³ CE, 23 octobre 1935, Société « L'organisation française Autodux », Rec. CE p. 975, pour une décision d'autorisation sous conditions ; CE, 13 juillet 1951, SA La nouvelle jetée-promenade de Nice, Rec. CE p. 404 et CE, 25 mars 1953, Leleux, Rec. CE p. 153, pour deux cas de retrait d'autorisation.

⁶⁴ CE, 11 janvier 1952, Consorts Seillier, Rec. CE p. 25.

⁶⁵ CE, Assemblée, 29 mars 1968, Ville de Bordeaux c/ Société Menneret et Cie, Rec. CE p. 217, AJDA 1960 p. 348 conclusions Théry, s'agissant d'autorisations unilatérales révoquées en raison de la construction d'un nouveau pont et CE, 30 octobre 1970, Gaz de France, Rec. CE p. 625, CJEG 1971, J. p. 23 conclusions G. Vught, s'agissant à la fois d'autorisations unilatérales et contractuelles.

⁶⁶ CE, Section, 30 octobre 1942, Cie générale des eaux, Rec. CE p. 301, retrait d'autorisations de voirie accordées à une société qui était concessionnaire du service des eaux, justifié par « une réorganisation complète du service de distribution d'eau ».

⁶⁷ CE, 15 décembre 1923, Sieurs Peysson, Mollaret et Bory, Rec. CE p. 825 ; CE, 24 avril 1959, SNCF c/ Sieur Burfin, Rec. CE p. 264 ; CE, 8 janvier 1960, Lafon, Rec. CE p. 15 et CE, 23 juin 1986, Thomas, précitée, dans ces deux affaires est jugé légal le refus de renouvellement d'un contrat d'occupation motivé par le refus du titulaire d'accepter « un relèvement important » de la redevance.

⁶⁸ CE, Section, 26 mars 1999, Société Eda, Rec. CE p. 107 avec conclusions J.-H. Stahl, CJEG 1999 p. 264 conclusions J.-H. Stahl, BJCP 1999 p. 462 note C. Maugué et Ph. Terneyre.

dès lors que le retrait de l'autorisation qui lui avait été accordée était motivé par l'intérêt général.

La solution est moins certaine lorsque l'occupant dispose d'un contrat. Une doctrine majoritaire estime que, dans ce cas, en vertu des principes généraux du droit des contrats, une indemnisation est due⁶⁹. Ainsi, le professeur Chapus écrit qu'« en vertu de la jurisprudence, le concessionnaire de voirie a, de façon générale, le droit à être indemnisé des conséquences préjudiciables de l'abrogation de son autorisation (c'est-à-dire de la résiliation de la concession). / Le fait que sa situation est fondée sur un contrat est considéré comme lui donnant une certaine assurance, en dépit du principe de précarité, qu'elle sera maintenue (au moins jusqu'à son terme, s'il en est prévu) »⁷⁰. Toutefois, il cite un seul arrêt et qui ne peut être interprété dans le sens d'un droit à indemnisation qu'*a contrario*, puisqu'il juge « que le requérant ne justifie d'aucune circonstance qui pût, en l'espèce, ouvrir à son profit un droit à indemnité à la charge de la ville de Lille »⁷¹.

Le professeur Dufau est plus circonspect. Il écrit qu'« à la différence du simple permissionnaire, l'occupant domanial, dont le contrat a été résilié, a droit, en principe, à une indemnité. Les arrêts du Conseil d'Etat invoqués habituellement au soutien de cette affirmation sont peu nombreux »⁷². Comme il l'indique, la décision du 27 novembre 1946, Sté des chaux et ciments hydrauliques d'Algérie, se contente de juger que « le conseil de préfecture a donné acte à la chambre de commerce d'Alger de ce qu'elle est prête à verser à la société (...), sur justifications de sa part, une indemnité calculée d'après l'amortissement restant à courir pour ses constructions jusqu'à la fin normale du bail ». Il est vrai qu'elle ajoute « que la société requérante (...) n'établit pas qu'elle ait droit au paiement d'une indemnité plus élevée », ce qui peut s'interpréter comme signifiant, *a contrario* là encore, que si elle l'établissait elle y aurait droit⁷³.

La décision Sieur Landais juge que l'intéressé n'était titulaire d'aucun contrat, celui de son prédécesseur étant expiré, ce qui peut s'interpréter, *a contrario*, comme signifiant que si le contrat le prévoit, l'occupant peut réclamer une indemnité à ce titre, mais peut aussi juger seulement qu'en l'absence de contrat, l'intéressé ne peut pas se prévaloir des stipulations de celui-ci⁷⁴.

Enfin, si la décision Société Ledoyen, qui est également parfois citée, juge « que s'il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve, le cas échéant, des droits à indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession s'il existe des motifs d'intérêt général justifiant que la concession soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles », ce motif n'est pas nécessaire au raisonnement, qui se poursuit en indiquant que la ville n'invoque aucun motif d'intérêt général justifiant la résiliation. En conséquence, la décision juge que la

⁶⁹ Voir, pour le rappel de la position des différents auteurs : C. Mamontoff, « Le rapprochement des régimes de l'autorisation et du contrat d'occupation du domaine public », *Mélanges Guibal*, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 517.

⁷⁰ R. Chapus, op. cité, n° 624.

⁷¹ CE, 4 janvier 1954, Sieur Leroy et autres, Rec. CE p. 2, D. 1954, p. 674 note F. M.

⁷² J. Dufau, *Le domaine public*, op. cité, p. 456.

⁷³ CE, 27 novembre 1946, Société des chaux et ciments hydrauliques d'Algérie, Rec. CE p. 280.

⁷⁴ CE, 20 novembre 1957, Sieur Landais, Rec. CE p. 628.

résiliation par la ville du contrat était illégale et ne se prononce pas sur les droits à indemnité du concessionnaire⁷⁵.

La rareté des décisions en la matière et l'absence d'affirmation claire par la jurisprudence d'un droit à indemnisation conduit d'autres auteurs à estimer que ce droit n'existe pas dans le silence du contrat. C'est à cette position que semble se ranger le professeur Richer dans la dernière édition de son ouvrage⁷⁶. Dans sa contribution précitée aux *Mélanges Guibal*, Mme Mamontoff, reprenant un à un tous les arrêts cités ci-dessus et quelques autres, fait une démonstration assez convaincante que le droit à indemnisation du concessionnaire de voirie n'a jamais été prévu par la jurisprudence⁷⁷.

Tel est également le point de vue de Mme Maugué, qui rappelle que « force est de constater qu'il n'y a pas de décision consacrant de façon générale le droit à indemnisation du cocontractant évincé »⁷⁸.

Il me paraît, toutefois, difficile compte tenu notamment des exigences de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'exclure toute indemnisation dès lors que l'occupant a engagé des dépenses pour construire des ouvrages qui n'ont pas encore été amortis.

Il me semble, pour ma part, que le droit à indemnisation de Numéricâble en cas de résiliation de la convention d'occupation domaniale pour motif d'intérêt général n'est certain que s'il est prévu par la convention. Ce droit n'existe pas, bien-sûr, si la convention l'exclut.

Dans le silence de celle-ci, on peut considérer qu'il est limité à l'indemnisation de la valeur non encore amortie des installations en cause.

- La résiliation pour faute.

Ces pouvoirs du maître du domaine s'appliquent également dans l'hypothèse d'une faute de l'occupant.

Dans un tel cas, comme il est de règle dans le droit des contrats, la résiliation exclut le versement d'une indemnité au cocontractant⁷⁹.

Dans l'hypothèse d'une résiliation pour faute, le respect des droits de la défense s'impose à l'administration, ce qui n'est pas le cas quand la mesure n'est pas une sanction et n'est pas prise en considération de la personne de l'intéressé⁸⁰.

⁷⁵ CE, 4 avril 1997, Société Ledoyen, n° 137065, inédite au Rec. CE. Les conclusions du commissaire du gouvernement, C. Chantepy, n'abordent pas non plus cette question.

⁷⁶ L. Richer, op. cité n° 1032.

⁷⁷ C. Mamontoff, op. cité, notamment p. 528 et suivantes.

⁷⁸ C. Maugué, « La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages », AJDA 2006 p. 1496.

⁷⁹ CE, 4 mars 1991, Département de la Haute Loire, Rec. CE tables p. 927, exclusion de toute indemnisation en cas de résiliation pour faute.

⁸⁰ CE, 23 juin 1986, Thomas, précitée.

En l'espèce, ce n'est que si les infrastructures de l'occupant peuvent être considérées comme publiques au sens de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 qu'il peut y avoir faute à ne pas respecter la loi.

2. 2. L'administration dispose, pour l'essentiel, vis-à-vis de l'occupant du domaine public des mêmes pouvoirs qu'à l'égard du concessionnaire.

- Elle peut modifier unilatéralement le contrat.

Ce pouvoir s'exerce dans les mêmes conditions que pour la délégation de service public⁸¹.

Une modification unilatérale de la convention d'occupation pour permettre l'accès d'autres opérateurs aux infrastructures construites par l'occupant paraît également possible pour assurer, dans le cadre de la suppression de la clause d'exclusivité, une gestion rationnelle du domaine. Dès lors qu'elle a pour objectif une meilleure utilisation du domaine, dans le nouveau contexte créé par le premier alinéa de l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004, elle n'est pas liée à la qualification des biens en cause comme « infrastructures publiques », mais peut être exercée même si ces biens sont considérés comme « propriété » de l'occupant.

La possibilité d'une telle modification unilatérale est renforcée par l'article L. 47 du CPCE. Son troisième alinéa dispose, en effet, que « lorsqu'il est constaté que le droit de passage de l'opérateur peut être assuré, dans des conditions équivalentes à celles qui résulteraient d'une occupation autorisée, par l'utilisation des installations existantes d'un autre occupant du domaine public et que cette utilisation ne compromettrait pas la mission propre de service public de cet occupant, l'autorité mentionnée au premier alinéa peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause. Dans ce cas, et sauf accord contraire, le propriétaire des installations accueillant l'opérateur autorisé assume, dans la limite du contrat conclu entre les parties, l'entretien des infrastructures et des équipements qui empruntent ses installations et qui sont placés sous sa responsabilité, moyennant paiement d'une contribution négociée avec l'opérateur. En cas de litige entre opérateurs, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie, dans les conditions fixées à l'article L. 36-8 ».

Cet article ne donne pas à la collectivité locale un pouvoir de contrainte, puisqu'il lui permet seulement d'« inviter les deux parties à se rapprocher ». Elle ne dispose, donc, pas du pouvoir de les contraindre à parvenir à un accord.

Mais, cet article témoigne de la volonté du législateur d'assurer une utilisation rationnelle du domaine, compte tenu de la saturation croissante des sous-sols. L'échec d'une telle invitation faite par la collectivité constituerait certainement un élément important pour justifier la légalité d'une modification unilatérale de la convention, voire sa résiliation.

Enfin, si l'on considérait que cette modification bouleverse l'économie du contrat, il n'y aurait plus d'autre solution que la résiliation, mais il appartient à l'occupant d'établir ce bouleversement.

⁸¹ CE, Section, 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. CE p. 401, modification des limites d'une concession domaniale accordée dans le cadre de la concession d'un port de plaisance.

- Elle dispose d'un pouvoir de contrôle et de sanction.

Compte tenu de la nature du contrat d'occupation du domaine public lorsqu'il n'est pas associé à une délégation de service public, ces pouvoirs ont, en principe, beaucoup moins de raisons d'être utilisés, dès lors que le titulaire d'une autorisation n'est pas, normalement, astreint à des obligations aussi diverses et variées que le gestionnaire d'un service public.

Ainsi, aucune disposition équivalente à l'article L. 1411-3 du CGCT n'existe pour les conventions d'occupation du domaine public.

La sanction la plus fréquente est la résiliation du contrat, même si rien n'interdit de prévoir des sanctions financières dans le contrat.

L'utilisation de ces pouvoirs est, en revanche, soumise à la même réserve que l'utilisation du pouvoir de résiliation.

J'indiquerai, pour finir, que l'obligation qui s'impose au cocontractant de l'administration est essentiellement une obligation passive : permettre aux autres opérateurs d'utiliser ses infrastructures, lesquelles doivent, de toute façon, être en parfait état, aux termes du droit de la délégation comme du droit domanial. Si, par exemple, l'opérateur introduit de nouveaux câbles, en fibre optique, il est tenu de déposer les câbles coaxiaux qui ne sont plus utilisés. Une telle charge relève simplement des obligations normales d'entretien du domaine. De même, il me paraît logique de considérer que l'utilisation partagée s'applique à toutes les infrastructures de génie civil, quelle que soit la date de leur établissement, puisqu'elle est la conséquence de la fin du droit d'exclusivité. Cela n'aurait pas de sens qu'au sein du même réseau ou sur la même commune le même opérateur dispose d'un réseau ouvert au partage et d'un réseau qui ne le serait pas.

Mais, la loi n'oblige pas le cocontractant à modifier ses installations pour permettre cette utilisation. Si, par exemple, celles-ci sont saturées, il ne peut pas lui être demandé, sauf dans le cadre d'une renégociation de la convention, d'augmenter ses capacités pour accueillir ses concurrents.