

Université Paris-Panthéon-Assas

**école doctorale Georges Vedel – Droit public interne,
science administrative et science politique (ED 7)**

Thèse de doctorat en droit
Soutenue le 23 septembre 2022

La concession de service public en Italie et en France à la lumière du droit européen

Thèse de Doctorat / Septembre 2022



Giulia STOPPANI

Sous la direction de Benoît PLESSIX, professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas
et
Alfredo MOLTERNI, professeur à l'università Roma-La Sapienza

Membres du jury :

Benoît Plessix, professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas

Alfredo Moliterni, professeur à l'université Roma-La Sapienza

Charles-André DUBREUIL, professeur à l'université Clermont-Auvergne

François BLANC, professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas

Ruggiero DI PACE, professeur à l'université degli Studi del Molise

Fabio GIGLIONI, professeur à l'université Roma-La Sapienza

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Cette recherche a été financée par une Bourse d'Excellence Eiffel avec le soutien de



Remerciements

Résumé (1700 caractères) :

Cette thèse a pour objectif d'apporter un éclaircissement sur la notion de la concession de service public en droit français et italien, en suivant la méthode comparative, après l'intervention sur les contrats public du droit européen.

Au niveau de l'intérêt pratique de la thématique, dans un moment historique où il est nécessaire de faire face à la crise sanitaire, les États Membres peuvent se servir de la concession pour répondre aux nouveaux besoins des usagers de services, dans le cadre des plans de relance.

Au niveau de l'intérêt théorique, la nature juridique de la concession de service public a subi une évolution notable dans les deux systèmes.

Pour cela, les deux premiers chapitres sont consacrés à la notion de concession de service public en France et en Italie. Similairement, les deux droits ont premièrement développé des notions biphasiques de la concession (l'acte mixte, la *concessione-contratto*), mais, si en France l'unité est arrivée avec la notion de contrat administratif, en Italie ce n'est qu'avec les directives européennes que s'est imposée une nature contractuelle, avec des répercussions importantes sur le plan du régime et de la juridiction.

Le troisième chapitre s'attache alors à insérer un élément dynamique : l'irruption du droit européen, basé sur les principes de libre concurrence, dans la concession de service et dans la création de la notion de service économique d'intérêt général.

Quelle place reste-t-il à la concession de service public ? Quelle unité pour la commande publique nationale et locale ? Et finalement, quelle place pour la spécificité nationale ?

Les deux derniers chapitres essayent de donner une réponse à ces interrogations.

Descripteurs : Commande publique ; concession de service public ; service d'intérêt économique général ; délégation de service public ; droit public comparé ; droit public italien ; service public.

Title and Abstract (1700 characters):

The aim of this thesis is to clarify the concept of the public service concession in French and Italian law, following the comparative method, after the intervention on public contracts in European law.

In terms of the practical interest of the topic, in a historical moment when it is necessary to face the health crisis, the Member States can use the concession to meet the new needs of the users of services, within the framework of the recovery plans.

In terms of theoretical interest, the legal nature of the public service concession has undergone a significant evolution in both systems.

For this reason, the first two chapters are devoted to the concept of public service concession in France and Italy. Similarly, the two legal systems initially developed biphasic notions of the concession (the mixed act, the concession-contract), but, if in France unity arrived with the notion of administrative contract, in Italy it is only with the European directives that a contractual nature was imposed, with important repercussions on the level of the regime and the jurisdiction.

The third chapter then attempts to insert a dynamic element: the irruption of European law, based on the principles of free competition, in the service concession and in the creation of the concept of economic service of general interest.

What place is left for the public service concession? What unity for the national and local public order? And finally, what place for national specificity?

The last two chapters attempt to provide an answer to these questions.

Keywords: Public procurement ; concession ; services of general economic interest ; contracting authorities ; public utilities ; comparative public law ; licence.

Principales abréviations

A. P. Réunion plénière du Conseil d'Etat

AJDA Actualité Juridique Droit Administratif

BJCP Bulletin Juridique des Contrats Publics

C. Contre

CA Cour d'appel

Cass. Cour de Cassation

CE Conseil d'État

Civ. la section civile de la Cour de cassation

CJCE Cour européenne de justice

CJUE Cour de justice de l'Union européenne

CMP Contrats et marchés publics

Coll. Collection

Concl. Conclusions

Cons. Considérant

Cost. Cour constitutionnelle

CCP Code de la commande publique

CGCT Code Général des Collectivités Territoriales

GAJA Grands arrêts de la jurisprudence administrative

JOUE Journal officiel de l'Union européenne

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence

Obs. Observations

OEPC Observatoire économique de la commande publique

P. Page

P.U.F. Presses universitaires de France

RA Revue Administrative

RDC Revue Droit des Contrats

Rec. Recueil des décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits (Recueil Lebon)

RFDA Revue Française de Droit Administratif

T. Tome

TC Tribunal des conflits

TFUE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE Traité de l'Union européenne

Sommaire

<i>Introduction</i>	13
<i>I. L'évolution de la concession de service public en droit administratif français ...</i>	16
1. Les racines du droit commun de la concession	16
2. Les premières théories publicistes sur le contrat de concession	24
3. Le service public comme principe du contrat de concession	33
4. L'affirmation de la concession de service public comme contrat administratif	40
5. La concession de service public au 20ème siècle : entre organisation et intuitus personae.....	44
<i>II. La concession de service public dans le système juridique italien</i>	48
1. L'origine de la concession dans le processus de construction du droit administratif	48
2. La concession comme acte administratif	54
3. Le contrat de concession dans la jurisprudence du début du 20e siècle	63
4. L'organisation et le transfert des pouvoirs publics dans les concessions de service public : la notion subjective-organique du service public	69
5. La concession et le droit privé' dans la doctrine de la seconde moitié du 20ème siècle.....	77
6. La persistante reconstruction publiciste de la concession de service public dans la seconde moitié du XXeme siècle	84
<i>III. La concession de services en droit européen</i>	94
1. L'intérêt du droit communautaire pour les concessions de travaux et son rapport avec les contrats de la commande publique.....	94
2. La notion de concession dans la communication de la Commission et dans la jurisprudence communautaire	104
3. La "concession de services" dans la directive 2004/17/CE et le livre vert sur les partenariats de 2005	111
4. Les règles relatives aux concessions de services dans la directive de 2014	120

4.1. Les origines et les fondements de la directive : la notion de concession de services et l'exigence du "risque"	120
4.2. La discipline des concessions des services	132
4.3. Les règles applicables aux secteurs spéciaux	138
5. La notion problématique de « services » en droit européen et le rapport avec les services publics.....	148
6. Les "services" visés par la directive 2006/123/CE	161
<i>IV. Les effets du droit européen sur la concession de service public dans le système français.....</i>	<i>172</i>
1. De la concession de service public à la <i>délégation de service public</i> : la résistance du droit français aux premières directives communautaires sur les marchés publics ...	172
2. La cohabitation entre la <i>délégation de service public</i> et la concession de service ..	180
3. L'effet de la directive sur les services sur le système français des concessions	189
4. La concession de service public et le périmètre de la répartition des compétences	196
5. La codification de la concession de service public en tant que contrat administratif dans le <i>Code de la commande publique</i>	201
6. Les effets européens sur le service public à la française, un principe de la commande publique	213
<i>V. Les effets du droit européen sur la concession de service public en droit italien</i>	<i>218</i>
1. Concessions et concurrence : la réduction du pouvoir discrétionnaire dans le choix du concessionnaire	218
2. la dimension économique-fonctionnelle de la concession de services	226
3. La portée incertaine des concessions de services et la relation controversée avec les services publics.....	230
4. Le service public local entre concessions et marchés publics	236
5. Le problème de la nature juridique négociée des concessions de services et la dimension administrative des concessions de services publics	242
5.1. La concession de service public et les pouvoirs d'autodéfense	250
5.2. La concession de service public et la répartition des compétences	259

<i>Conclusions</i>	272
<i>Bibliographie</i>	276
Bibliographie italienne	276
Bibliographie française	289
Bibliographie internationale	297
<i>Jurisprudence</i>	299
Conseil d'État	299
Tribunal des Conflits	301
Cour constitutionnelle	301
Conseil d'Etat	301
Cour de Cassation	302
Tribunaux administratifs régionaux	303
Cour de justice des Communautés européennes	304

Introduction

L'intérêt pratique du thème des concessions de services publics émerge dans la contingence historique actuelle, dans laquelle le besoin de services plus efficaces se fait particulièrement sentir afin de fournir une réponse de rédemption et de nouvelle croissance après la récente crise sanitaire.

Cette nécessité est sous-tendue par la possibilité de se confronter, au-delà des systèmes nationaux, au système unitaire européen, qui propose d'importants plans de relance, à mettre en œuvre en libre concurrence.

C'est précisément dans l'adaptabilité du service public que le rôle même de l'administration, en tant qu'outil de guidage et d'accompagnement vers les besoins évolutifs de notre société contemporaine, qu'ils soient environnementaux, sociaux ou numériques, pourrait être revitalisé.

Cet intérêt pratique s'accompagne d'un vif intérêt théorique.

Dans le système transalpin, il existe une forte tradition du contrat administratif, récemment codifié comme une catégorie générale de contrats publics, à côté du principe de continuité du service public - pas pour rien - "à la française" dans le titre préliminaire du nouveau Code de la commande publique. La concession de service public est, par la volonté explicite du législateur, un contrat administratif doté d'un régime exorbitant du droit commun et renvoyé, comme tel, à la compétence du juge administratif.

Cependant, avec l'intervention du droit européen, nous assistons dans le système juridique français à une nouvelle cohabitation entre les concessions de services (*genus*), les concessions de services publics (*speciem*) et la délégation de service public, la "concession-délégation" qui intervient au niveau local et dont la réglementation, contenue dans le Code des collectivités territoriales, bien que garantissant la transparence et la participation, laisse une certaine marge d'appréciation aux organes de l'administration décentralisée.

Dans le système juridique italien, où de nouvelles réglementations sont prévues tant pour les marchés publics que pour les collectivités locales, il semble qu'il y ait une incertitude persistante concernant le périmètre et la nature juridique des concessions de service public ; de plus, le concept de service public lui-même semble obscur, avec des conséquences importantes tant en termes de régime juridique que de répartition des compétences.

L'objectif de ce travail, à travers la méthode de comparaison des assonances et des dissonances du système italien avec le système français, qui a été le premier des systèmes de droit civil à forger un système particulier par rapport au droit commun, est de mettre en évidence les forces et les faiblesses des deux systèmes une fois intervenu l'effet " harmonisateur " du droit euro-unitaire, qui, pour anticiper, semble avoir laissé les États membres avec leurs propres spécificités (et préoccupations).

Du point de vue de l'articulation de la recherche, en raison de l'incontestable centralité de la composante doctrinaire, dans les premier et deuxième chapitres, consacrés respectivement aux systèmes français et italien, on tentera de reconstruire historiquement l'évolution de la science juridique administrative autour du rapport de concession de service public, en suivant un laps de temps qui va de la construction du système administratif spécial à l'avènement du droit communautaire. A cette fin, on retracera les reconstructions théoriques et jurisprudentielles qui ont également affecté les deux systèmes, évoluant également d'un modèle biphasé (l'acte-mixte ; la *concessione-contratto*) à un modèle unitaire (le contrat administratif ; la concession de service public).

Le troisième chapitre, qui représente un tournant symbolique entre l'analyse de la science juridique et celle du droit vivant des deux États membres, sera consacré à la reconstruction de la législation européenne en la matière, qui, par une vaste circulation horizontale de nouveaux principes (dont celui de la libre concurrence), concepts (les services d'intérêt économique général) et instruments juridiques (la concession de services), relie, en l'influençant, le droit administratif national au droit de l'Euro-Union. Les deux derniers chapitres se concentrent donc sur les effets du droit européen sur les deux systèmes nationaux. En particulier, on tentera d'évaluer l'éventuelle persistance des arguments théoriques antérieurs à l'Union dans le droit vivant et leur mélange avec les influences européennes, en considérant que les deux tendances sont fondées, au

moins en partie, sur des raisons qui transcendent la sphère purement juridique, car, aujourd'hui comme hier, la concession de service (public) occupe transversalement de multiples sphères politico-économiques et domaines de la vie quotidienne.

À cette fin, on tentera de donner au moins une image des principales orientations qui caractérisent la jurisprudence actuelle : en ce qui concerne le système italien, on examinera la jurisprudence administrative - et en partie la jurisprudence civile - qui tend à pallier l'absence d'une réglementation claire des concessions de service public ; en ce qui concerne le système français, en revanche, on examinera la cohabitation des catégories nationales de contrat administratif et de délégation de service public avec la concession de service européenne.

En substance, cette recherche, par le biais de la méthode comparative, cherche à introduire un élément de dynamisme par rapport aux études antérieures beaucoup plus autorisées sur le sujet, en examinant les effets différents sur le système juridique français et italien du droit européen, qui implique les modes mêmes de production du droit administratif et transcende ses dimensions pour toucher également d'autres branches des systèmes juridiques positifs, notamment le droit privé.

Pour Giannini, le rapport entre le droit administratif et les autres branches du droit apparaît comme " l'un des nombreux problèmes fantastiques " des juristes : l'introduction du rapport avec le droit administratif européen ne fait qu'enrichir la recherche de rapports (concessionnaires) qui sont des systèmes ouverts, reliés entre eux par un lien également systématique.

I.

L'évolution de la concession de service public en droit administratif français

1. LES RACINES DU DROIT COMMUN DE LA CONCESSION

En France, le terme concession prend progressivement le sens de "*concedere aliquid alicui*"¹, c'est-à-dire permettre à quelqu'un de s'occuper de quelque chose.

Les origines de la concession sont très anciennes, à tel point que des preuves de l'utilisation de concessions remontent à l'époque romaine².

La concession constitue, dès le départ, une relation sinallagmatique et libérale, de délégation grevée d'un *modus*, d'une charge : le bénéficiaire de la concession, le concessionnaire, doit gérer le bien ou le service public offert en concession, en rendre compte au concédant, qu'il s'agisse d'une entité privée ou publique, en lui versant éventuellement une redevance prédéterminée, ainsi qu'en garantissant que le bien ou le service concédé en gestion sera géré et entretenu comme il se doit³.

¹ C'est ce que rapporte F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Paris, France, Hachette, 2000, p. 373 où la concession est définie comme " un don ou une concession faite par un souverain ou un seigneur de quelque privilège, de quelque droit ".

² Ainsi E. BADIAN, *Publicans and sinners : private enterprise in the service of the Roman Republic*, Oxford, UK, B. Blackwell, 1972, p. 170 ; J.-J. AUBERT, *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain : actes du diplôme d'études avancées*, Suisse, Faculté des lettres et sciences humaines, 2003, xii, p. 357. P. ORIANNA, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, 1961, dans lequel il raconte que pour l'établissement du port romain, les travaux portuaires étaient effectués par des particuliers et les capitaines de navires devaient payer une redevance aux entreprises de construction. Pour en savoir plus sur les origines romaines de cet instrument, sur lesquelles Frontino écrit, voir le chapitre II, consacré à l'origine de la concession en droit italien.

³ Ainsi l'historien X. BEZANCON, *Une approche historique du partenariat public-privé*, Revue d'économie financière, 1995, pp. 27-50.

Cette forme primordiale de relation vertueuse entre le concédant et le concessionnaire s'est développée au Moyen Âge : à cette époque, de nombreux services étaient accordés par le seigneur du fief aux communautés⁴. En particulier, le recours à un système de délégation en cascade s'est imposé : le roi délégait au seigneur du fief, qui à son tour délégait à ses communautés, par le biais de diverses formes l'enchère publique - ancêtre de la procédure de preuve publique ; l'"auto-candidature" en tant que concessionnaire d'un individu au seigneur du fief - et dans cette concession on peut déjà reconnaître les caractéristiques de discrétion et de mandatement *intuitu personae* qui caractériseront la concession jusqu'à l'avènement du droit européen - ; et une troisième forme, spécifique aux matières fiscales et domaniales, qui consiste en un modèle mixte d'enchère et de mandatement direct *intuitu personae*⁵.

C'est au XVII^e siècle que le système des concessions, notamment de travaux, se généralise, grâce à la création des " fabriques royales " - sorte de " compagnie publique " au pouvoir - et à l'administration des hauts fonctionnaires Colbert et Sully⁶.

Les nombreuses interventions du gouvernement pour promouvoir le commerce ont entraîné une croissance exponentielle de l'activité productive et fait de la concession un instrument au service de l'autorité, une célébration du roi et une exaltation de la splendeur du royaume et de la classe aristocratique⁷.

À la veille de la Révolution, l'intervention de l'État dans le fonctionnement de l'économie, par le biais de la réglementation et de l'organisation des " fabriques royales ", a eu une influence considérable sur la société civile et, comme on le sait, sur

⁴ Par exemple, les péages, la perception des impôts et ce que l'on appelle les "*banalités*" : les ponts, les moulins et les fours, c'est-à-dire ce que l'on pourrait appeler aujourd'hui les services essentiels. Sur ce point encore X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit. p. 7.

⁵ *Ibid.*

⁶ Sous l'*Ancien Régime*, l'administration des *Bâtiments du Roi*, dépendant du *Département de la Maison du Roi*, est chargée des travaux commandés par le souverain dans ses résidences à Paris et en région parisienne. La surintendance des bâtiments a été créée par Henri IV et confiée par lui à Maximilien de Béthune, duc de Sully, pour mettre fin à une situation antérieure dans laquelle chaque résidence royale avait son propre surintendant. L'administration des bâtiments employait environ trois cents personnes, avec des dépenses variant de 14 millions de *livres*, l'unité monétaire française jusqu'à la Révolution en 1685, à 2 millions en 1709.

⁷ Au XVII^e siècle, les responsabilités du surintendant des *Bâtiments du Roi* s'étendent aux manufactures de tapisserie, aux imprimeries et aux jardins royaux. En 1664, Jean-Baptiste Colbert est surintendant des finances et des bâtiments, arts, tapisseries et manufactures de France. En raison de l'importance de ses fonctions, le surintendant a acquis un rang presque équivalent à celui d'un ministre.

l'exploitation du tiers état, tandis que le développement des services aux citoyens est resté minime. Cela était dû à la fois à l'insuffisance des ressources économiques et financières, nécessaires à leur fonctionnement, et au manque de volonté politique, première garantie de la présence et de la continuité de l'organisation des services publics⁸.

En effet, les premières interventions administratives sous l'*Ancien Régime* concernent principalement le maintien de l'ordre et les objectifs militaires, plutôt que la mise en œuvre de services au public⁹. Cependant, l'intérêt général n'était pas totalement absent, on en trouve déjà la trace dans les projets que les "*inventeurs-ingénieurs*"¹⁰ présentaient au roi, qui "tout en poursuivant ses propres intérêts, était obligé de tenir compte de ceux de ses sujets"¹¹.

Dans ce contexte, l'État se renforce, l'administration royale se développe et les pouvoirs sont exercés de manière plus étendue. L'autonomie des parties et le contrat de droit civil, auxquels les autorités publiques sont également soumises, constituent toutefois une limite¹².

Le XVIIIe siècle est considéré par les historiens du droit comme le début d'une véritable réglementation des concessions¹³. Les guerres précédentes avaient causé d'énormes difficultés au Trésor public qui, faute de ressources suffisantes, demandait aux

⁸ Il y avait un système de toilettes et de nettoyage de l'eau. L'éclairage public est introduit en 1769 et la première concession d'eau à Paris est donnée aux frères Perrier en 1777. L'enlèvement des matériaux encombrants, la réparation des bâtiments délabrés, les services sanitaires pour lutter contre les épidémies, notamment la peste, et la concession de bâtiments scolaires n'ont pas commencé avant 1810.

⁹ Voir X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit. p. 15.

¹⁰ Le *Corps des Ponts et Chaussées* a été créé en 1716 sur le modèle du *Corps du Génie Militaire*. Les ingénieurs de cette institution étaient des fonctionnaires dont la vocation était de servir "l'intérêt général" et jouissaient d'une grande autonomie dans l'exécution de cette tâche.

¹¹ Littéralement "*en suivant ses intérêts, (le Prince) est obligé de faire ce qui convient à ceux de ses sujets*". Ainsi Belesbat, penseur pré-physiocratique, qui rédige un mémoire contre le mercantilisme en 1692.

¹² M. HAURIOU, *Droit Administratif*, in Répertoire de droit administratif, fondé par L. Bèquet, Paris, 1897, t. XIV, p. 18.

¹³ Ainsi M. HAURIOU, *La gestion administrative : Étude théorique de droit*, Paris, L. Larose, 1899. C'est ainsi qu'est née la "*délégation de tâches de construction*", généralement associée à la gestion de services et de travaux délégués. Sur ce point, voir également X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, cit. p. 10, sur la "*délégation contractuelle de mission de construction au sens financier et technique*".

particuliers de réaliser à leurs frais de grands travaux publics et des travaux connexes¹⁴ ; en contrepartie, il leur accordait des privilèges, comme les " droits de justice " - qui n'étaient pas encore démocratisés - mais aussi des avantages financiers, comme le droit de percevoir des péages¹⁵.

Toutefois, cette délégation de l'État ne s'est pas immédiatement traduite par une véritable décentralisation de l'État, qui n'a vu le jour qu'avec la mise en place de la spécialisation du droit administratif.

Avec la fracture survenue à la fin du XVIIIe siècle, provoquée par la Révolution française, s'opère la transformation progressive des faits d'empire (*factum d'imperium*) en faits administratifs, qui interviennent principalement pour opérer l'organisation administrative du territoire français : le système communal et les missions des collectivités locales sont établis¹⁶.

La révolution de la bourgeoisie, d'une part, a transféré les pouvoirs souverains à l'État par le biais de la loi¹⁷, d'autre part, elle a accru les libertés individuelles, le droit de propriété et la liberté de commerce, en tant que principes primaires de l'extraction libérale. En effet, au moins jusqu'à la Troisième République, l'absence de libertés politiques coexistait avec le respect attentif des libertés individuelles dans la sphère économique. Le résultat est un État fort, identique en ce sens à celui de l'*Ancien Régime*, mais dont l'intervention dans la vie économique est interdite au nom de la libre entreprise¹⁸.

¹⁴ Par exemple, la construction du *canal du Midi fut l'une* des premières concessions reconnues à perpétuité par un édit du 16 octobre 1666.

¹⁵ Ainsi J. DUFAU, *Les concessions de service public*, op. cit. p. XVIII-XIX.

¹⁶ La création des départements en 1790 est une initiative républicaine. L'histoire de l'institution départementale est marquée par la coexistence de deux pouvoirs, l'un issu du niveau central de l'État représenté par le préfet, l'autre du niveau départemental représenté par le président du Conseil général.

¹⁷ Sur le sujet M. HAURIOU, *Droit Administratif*, in Répertoire de droit administratif, op. cit. , tome XIV, p. 20.

¹⁸ "Les domaines fonciers, laissés entre les mains d'une administration générale, sont atteints d'une sorte de stérilité, tandis que, entre les mains de propriétaires actifs et vigilants, ils fécondent, multiplient les subsistances, animent la circulation, fournissent des aliments à l'industrie, et enrichissent l'État", c'est ainsi que René Urbain Enjubault de la Roche commente la loi du 1er décembre 1790 sur les domaines, échanges et concessions nationales, dont le texte est exposé par la Commission des domaines, dans sa séance du 22 novembre 1790, aujourd'hui conservé aux *Archives Parlementaires de la Révolution Française*, Année 1885, tome 20 pp. 653-656. Le point 4 du préambule stipule que : "toute concession, toute distraction du domaine public, est essentiellement révocable, si elle est faite sans le concours de la nation ; qui conserve sur les biens la même autorité et les mêmes droits que ceux qui restent entre

Dans le contexte libéral, la gestion des services délégués aux autorités locales était limitée car elle était contraire aux principes révolutionnaires, qui favorisaient la libre initiative privée. Seules quelques concessions, telles que les concessions d'eau thermale, ont été exceptionnellement acceptées¹⁹.

Pendant cette période, la concession est restée un contrat de droit commun²⁰.

Dans la Constitution de la Première République (1792-1804), la division des pouvoirs favorise le détachement du corps bureaucratique des autres pouvoirs de l'État : il y a un fort besoin de construire une nation avec un corps administratif unitaire et indépendant²¹. L'organe bureaucratique était autonome et ne représentait pas ses intérêts "personnels", mais les intérêts collectifs, ceux de la nouvelle République et du Consulat²². Les administrateurs publics ont joué un rôle fondamental dans l'émancipation du droit administratif du droit civil, et le contrat a commencé à jouer un double rôle, au service des individus et de l'administration. Par conséquent, lorsque le contrat était utilisé par l'administration, il fonctionnait différemment des règles du droit privé : la poursuite de l'intérêt ultra-individuel faisait de l'administration une partie contractante qui devait être dotée d'un large pouvoir dans le choix de dissoudre le contrat ou de le modifier unilatéralement.

Avec l'intervention de Napoléon, les premières législations sont mises en place pour définir l'administration au sens juridique : d'abord avec le Consulat, qui concentre le pouvoir entre les mains du Premier Consul, puis, à partir de 1804, avec l'Empire, qui reconsolide la tradition administrative de l'*Ancien Régime*²³.

Dans la phase directoriale d'abord, puis dans la phase consulaire, tout acte peut être considéré comme administratif, à condition qu'il émane de l'administration²⁴. La

ses mains, et ce principe, qu'aucun laps de temps ne peut affaiblir, dont aucun défaut de formalité ne peut éluder l'effet, s'étend à tous les objets détachés du domaine national, sans exception".

¹⁹ X. BEZANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, op. cit. p. 26.

²⁰ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, 15 éd. 2001 qui précise : " lorsque la nature contractuelle est en doute, il suffit de se référer à la liberté - *intuitu personae* de la concession : l'absence de libre choix signifie qu'il n'y a pas de concession, mais tant qu'il y a accord, c'est un contrat de concession " p. 463.

²¹ E. J. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche*, traduit par G. Troisi Spagnoli, Milan, 1993, vol. I, p. 441.

²² *Ibid.*

²³ Ainsi la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800).

²⁴ Sur le sujet, J. M. AUBY- R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, 1984, vol. I, p. 304-305, qui remettent en cause l'acte administratif comme critère général de répartition des compétences, c'est-à-dire l'extension du pouvoir de l'administration soustrait au contrôle du juge.

première notion d'acte administratif crée une catégorie très large qui comprend tous les actes émis par l'administration en cours de formation²⁵, alors que les concessions conservent une certaine spécificité²⁶. Ce n'est pas un hasard si le législateur français a d'abord commencé à soustraire un certain nombre de matières obligatoires à la compétence des tribunaux ordinaires, notamment les contrats et le secteur des travaux publics²⁷, puis, afin de réglementer ces actes par un régime fort, exorbitant du droit commun, a créé le *Conseil d'État* en 1799. Ce premier juge de l'administration était doté d'une double fonction : législative, puisque les membres du Conseil participent à la rédaction et à l'édition de nouveaux codes, dont le Code civil ; et judiciaire, puisqu'ils règlent les litiges contre l'administration²⁸.

Le premier noyau du contentieux administratif postrévolutionnaire coïncide avec la "*pleine juridiction*" (une sorte de juridiction étendue au fond), qui comprenait principalement des questions relatives aux contrats et aux concessions.

Dans ce contexte, de nouvelles figures sont également nées pour assurer la justice et, en ce qui concerne le développement de la jeune jurisprudence administrative concernant les contrats de l'administration, on ne peut manquer de reconnaître comme fondamental le "*commissaire du gouvernement*", établi comme membre de la juridiction administrative sous la Monarchie de Juillet²⁹. Le commissaire avait pour mission de présenter son avis lors de l'audition publique sur les "*questions qui se posent en matière de règlement des sinistres et les solutions qu'elles appellent*"³⁰. Un

²⁵ Ainsi P. A. MERLIN, *Acte administratif*, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, I, Paris, 1812, p. 65, cité par M. S. GIANNINI, *Atto Amministrativo*, in Enc. dir. IV, Milan, 1958, p. 159.

²⁶ P. LEGENDRE, *Evolution des systèmes d'administration et histoire des idées*, Annali F.I.S.A., III, 1966, p. 254 ; ainsi que S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo : Francia e Regno Unito*, Trattato di diritto amministrativo, 2e éd. I., p. 13.

²⁷ Ainsi la loi du 6-11 septembre 1790.

²⁸ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit. La p. 34 le rappelle : "la jurisprudence du Conseil d'État, depuis sa création, a su identifier les contrepois appropriés aux excès de la puissance publique, au point de s'exporter largement".

²⁹ Ainsi l'ordonnance du 12 mars 1831. Ses fonctions seront exercées à une époque plus moderne par le *rapporteur public*.

³⁰ La définition de ses fonctions est la codification d'une décision du Conseil d'État du 10 juillet 1957, *Gervaise* (Rec. C.E., p. 466), selon laquelle le commissaire du gouvernement " formule en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, des circonstances de fait de l'affaire et des règles de droit applicables, ainsi que son avis sur les solutions qu'appelle, selon sa conscience, le litige soumis à la juridiction ".

personnage, donc, au poids considérable, qui représentait l'administration et dont les conclusions étaient destinées à devenir une source d'étude approfondie par la doctrine. Les commissaires du gouvernement, conformément à la pensée dogmatique de l'époque, ont considéré la concession comme un contrat dans tous ses éléments : les clauses et les liens entre le concédant et le concessionnaire sont de nature contractuelle. Avant d'acquérir la spécificité d'un contrat administratif, au siècle suivant, la notion de concession coïncide donc avec celle de contrat, réglementée par l'article 1101 du Code civil napoléonien³¹. La formation intellectuelle du corps bureaucratique et des commissaires du gouvernement, basée sur le droit privé, joue un rôle fondamental dans le lien entre le contrat et la concession.

Dans la science juridique française du début du XIXe siècle, les modèles explicatifs et les méthodes de raisonnement sont donc issus du code civil.

Reflétant à la fois la tradition juridique et la modernité révolutionnaire, le contrat - et donc aussi la concession - est à la fois un produit et une source du droit. Elle est ainsi l'instrument privilégié d'une époque où la souveraineté du monarque-empereur se transforme en souveraineté du droit.

La première manifestation du contractualisme concerne précisément les pouvoirs accordés par l'administration à l'individu privé, et la raison principale de l'hégémonie du contractualisme est sans doute à chercher dans l'association entre le contrat et la loi perpétuée par la doctrine et la jurisprudence. La nature législative du contrat est évidente : une concession-convention organisée par la loi.

Au début du XIXe siècle, l'axiome est l'égalité entre le contrat de concession et la loi, à laquelle sont soumis tant l'administration que le concessionnaire privé.

Cette période a vu le développement de nouveaux services et infrastructures urbains, de transports publics au niveau national (chemins de fer) et de services locaux (eau, gaz et électricité), tous réglementés par le régime de concession de travaux publics³².

Le cadre législatif au niveau national a été établi en 1836, tandis que les tâches des collectivités locales ont atteint leur apogée avec l'établissement du "principe de l'omni-

³¹ A. de LAUBADÈRE : *"Un contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire et à ne pas faire quelque chose"* in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome II, n° 521, LGDJ, 1956.

³² X. BEZANÇON, *Le service public du Moyen-Age à la Révolution*, 1995, op. cit.

compétence", qui a été sanctionné en 1871 pour les départements (un territoire de taille comparable aux régions)³³ et en 1884 pour les communes³⁴.

Les contrats de concession locaux étaient donc librement négociés, mais soumis à la validation de l'État.

Au niveau national, l'État a adopté des lois spécifiques pour chaque catégorie de concessions d'infrastructures, notamment dans le secteur des transports, après des négociations avec les parties concessionnaires. Ces lois sont très courtes, souvent composées d'une dizaine d'articles seulement, et fixent le cadre des concessions.

Sous la Seconde République (1848-1852), la répartition des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions ordinaires est contrôlée par le *Tribunal des conflits*, créé en 1849, qui a pour mission de résoudre les conflits de compétence et d'éviter les dysfonctionnements de la justice résultant de jugements contradictoires entre les deux juridictions. Les décisions du *Tribunal des conflits* sont contraignantes pour les deux tribunaux.

En outre, la définition du droit administratif était encore incertaine, et le resta jusqu'à la fin du XIXe siècle. Il s'agit en fait de règles fondées sur un "droit" qui consiste en des obligations mutuelles entre l'administration et l'administré³⁵. Le droit administratif régit les relations entre l'administration et les citoyens au moyen de lois et d'ordonnances, tandis que les contrats de concession sont régis par des lois *ad hoc*³⁶.

³³ La loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux a été adoptée au lendemain de la Commune de Paris. Le conseil général (désormais appelé conseil départemental) devient l'organe chargé de gérer les affaires du département. Il est assisté en cela par une commission départementale élue en son sein. Les réunions de la commission sont plus fréquentes que celles du conseil général. Le préfet détient la fonction exécutive et reste le prince de l'administration départementale : en tant que président du conseil général, il préside ses réunions. C'est la crainte de confier trop de pouvoirs à un élu départemental qui a conduit à la mise en place de ce système semi-décentralisé, qui a duré jusqu'en 1982.

³⁴ La loi du 5 avril 1884 sur l'organisation des communes, également connue sous le nom de "Magna Carta Municipale", a fait de la commune une véritable collectivité décentralisée. Le conseil municipal "règle désormais les affaires de la municipalité par ses résolutions". Le conseil municipal est élu au suffrage universel et le maire est élu par le conseil municipal. L'organisation de la municipalité et le fonctionnement de ses organes, tels qu'établis par cette loi, ont très peu changé jusqu'à aujourd'hui.

³⁵ Voir J.-M. DE GÉRANDO, *Instituts du droit administratif français ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre*, Paris, 1829-1830, t. I, p. IX.

³⁶ M. F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif : mis en rapport avec les lois nouvelles et précédés d'une introduction historique*, Paris, 1860, t. I, p. 97.

Ce n'est qu'avec l'établissement de l'État de droit qu'une notion substantielle de droit administratif a commencé à émerger, et en ce sens, un changement de paradigme s'est produit avec l'avènement de la Troisième République (1870-1940)³⁷.

En 1872, le rôle du *Conseil d'État* en tant qu'organe juridictionnel a été précisé et sa jurisprudence a transformé le droit administratif d'un droit dérogatoire au droit privé, en un système autonome avec ses propres principes et concepts, basé initialement principalement sur la *puissance publique*.

Au cours de ces années, une contre-tendance a pu être observée, consistant en une nouvelle centralisation de la gestion des services publics entre les mains de l'État et un abandon progressif des délégations et des concessions aux autorités locales.

En 1877, le Conseil d'État refuse d'accorder la concession pour la distribution de l'éclairage car on craint qu'*une ville transformée en entrepreneur d'éclairage, pour éviter les pertes ou faire des bénéfices, ne soit amenée à négliger les services qu'elle doit fournir ou à exagérer le prix des abonnements*³⁸.

Dans le domaine du contentieux, c'est l'adoption du service public comme critère de répartition des compétences au lieu de la puissance publique qui permettra d'étendre le for administratif aux contrats entre l'administration et les particuliers.

2. LES PREMIERES THEORIES PUBLICISTES SUR LE CONTRAT DE CONCESSION

À partir du XXe siècle, la concession est redevenue un instrument fondamental de la République, se prêtant mieux que tout autre moyen juridique à incarner l'évolution des rapports entre "le service public, l'économie et la République"³⁹. Avec la croissance des nouveaux besoins économique-sociaux, en effet, la construction d'ouvrages publics cède la place à la mise en œuvre de services publics nécessaires aux communautés de citoyens (par *exemple*, l'eau, le gaz, l'électricité et les transports), et conduit au

³⁷ Ainsi M. J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, 1992 et S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, p. 22.

³⁸ Voir l'avis "*Tourcoing*" émis par le Conseil d'État en 1877.

³⁹ Sur ce point, Y. GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, op. cit. p. 12.

renforcement de la gestion administrative et des pouvoirs connexes, qui prennent le relais du régime égalitaire du contrat de concession.

Désormais, la forme contractuelle du droit civil apparaît déconnectée des exigences administratives. En effet, dès 1884, le commissaire du gouvernement Gomel, dans ses conclusions historiques sur l'affaire du "curateur de la faillite du chemin de fer Orléans-Rouen"⁴⁰, exprimait sa perplexité quant à la définition de la concession comme un contrat de droit civil et développait l'idée qu'"il est difficile de trouver une analogie entre les conventions réglementées par le code civil et le contrat spécial par lequel l'administration confère à un particulier le droit de percevoir des redevances"⁴¹.

Cependant, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont pu mettre en doute le fait que la concession est un contrat, bien qu'il s'agisse d'un contrat qui diffère du droit civil, tant en termes de régime que de juridiction : un contrat administratif sur lequel le tribunal administratif est compétent. Le contrat administratif est un acte administratif, comme les actes administratifs unilatéraux ; cependant, à la différence de ces derniers, il n'est pas destiné à créer des droits vis-à-vis des tiers, mais seulement entre les parties contractantes, sur la base de la rencontre de deux volontés : celle de l'administration et celle d'un autre sujet, public ou privé⁴².

La nécessité de trouver un critère organique pour résoudre ce chevauchement dogmatique, qui génère certaines incertitudes, est donc affirmée⁴³.

La question qui se pose est de savoir si la concession constitue un véritable contrat avec des clauses réglementaires, ou s'il s'agit d'un acte administratif à contenu contractuel (également connu sous le nom de théorie de l'acte mixte).

La première théorie, dite de la "double nature de la concession", découle des conclusions de Léon Blum dans l'arrêt *Compagnie générale française des tramways*⁴⁴.

⁴⁰ C'est le jugement du Syndic de la faillite du chemin de fer d'Orléans à Rouen, dans le Recueil Sirey, Partie III, p. 234.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Le contrat administratif français, une catégorie générale de contrats publics, fera l'objet des paragraphes suivants.

⁴³ Sur ce point, X. BEZANÇON, *Essai sur le contrat de travaux et de service public : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 420.

⁴⁴ Voir CE 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*, Rec., 1910, p. 223. Deguit, comme on le sait, a mené d'importantes études sur les changements intervenus dans le droit après la codification napoléonienne. Il a examiné la structure des constructions juridiques et a conçu l'État comme une organisation de services publics et le droit comme un phénomène généré par le besoin de solidarité sociale.

Il a considéré la concession comme un instrument juridique présentant un "double aspect", faisant référence à un changement de la nature juridique de la relation créée entre le concédant et le concessionnaire d'une part, et entre le concédant et les usagers ou non-usagers du service public d'autre part. Dans la première relation, le caractère est purement contractuel, alors que dans la seconde, la concession révèle les caractéristiques d'un acte réglementaire. Il est intéressant de noter que, contrairement aux théories biphasiques du système juridique italien, comme celle de la création jurisprudentielle du contrat de concession, c'est le contrat qui précède l'acte ou la mesure⁴⁵. Selon cette approche, la nature juridique de la concession diffère entre les parties à la relation⁴⁶. Léon Duguit affirme que " aux yeux des citoyens, l'acte de concession n'est pas un contrat, mais une loi "⁴⁷, et que " les usagers se trouvent dans une situation qui n'a rien à voir avec les contrats "⁴⁸.

Cette théorie est largement reprise dans la jurisprudence du Conseil d'État, mais est critiquée par la doctrine ultérieure⁴⁹ : il est, en effet, difficile d'admettre qu'un même acte ait valeur de loi-règlement entre certaines parties et de contrat entre d'autres.

En réponse à Deguit, intervient son élève Gaston Jèze, qui refuse que des " dogmes dépassés "⁵⁰, tels que les notions de souveraineté et de *puissance publique* sur lesquelles repose la distinction entre actes d'autorité et de gestion, s'élèvent pour constituer les seuls critères du droit administratif⁵¹, qu'il entend flanquer et remplacer par le principe " rationnel " du service public⁵².

⁴⁵ Pour plus de détails, voir le chapitre II sur la reconstruction de la science juridique sur ce point.

⁴⁶ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, 1971, p. 390.

⁴⁷ Ainsi L. DUGUIT, *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Revue de droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 427.

⁴⁸ Encore L. DUGUIT, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, in *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 258.

⁴⁹ Voir J. DUFAU, *Les concessions de service public*, op. cit.

⁵⁰ Ainsi dans *Les principes généraux*, op. cit., tome 1, p. X.

⁵¹ L'acte juridique est un élément commun à Léon Duguit et Gaston Jèze et permet au premier de fonder sa thèse sur l'unité du droit, tandis que le second, au nom du " réalisme ", prend ses distances avec son maître.

⁵² Jeze critique la thèse de Duguit qui " n'est pas celle du droit public français actuel : si les juridictions administratives sont compétentes en matière de contrats administratifs, c'est parce qu'elles appliquent un régime juridique particulier ; le caractère essentiel des contrats administratifs est qu'ils sont soumis à un ensemble de règles spéciales " in *Les contrats administratifs*, op. cit. p. 8.

L'administration détient un pouvoir de sanction unilatéral, mais pas en vertu d'un "privilège" qui lui serait accordé en raison de ses fonctions : la dérogation au principe selon lequel nul ne peut se faire justice soi-même ne s'explique ni par l'idée de souveraineté, ni par le principe de séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires, mais, plus simplement, parce que lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un service public, l'urgence est toujours présumée et un devoir d'efficacité existe⁵³. L'intervention devant le juge "entraîne toujours des délais très longs, que le débiteur peut encore allonger en s'accrochant à des vides procéduraux", incompatibles avec les sanctions rapides et efficaces dont l'administration a besoin pour "traiter immédiatement et complètement le non-respect des obligations par le concessionnaire", ce qui compromet l'exécution du service public⁵⁴. Poursuivant le raisonnement, l'auteur estime qu'en tout état de cause, aucun principe ne s'oppose à ce que l'administration se tourne vers le juge pour prononcer la résiliation d'un marché public de travaux ou de fournitures à sa place : " la situation de l'entrepreneur n'est pas aggravée par cette mesure " tandis que, " s'agissant de l'administration, il lui appartient de choisir la procédure qui lui paraît la plus adaptée au service public et la moins dangereuse "⁵⁵.

Dans une concession de service public, l'importance du capital investi par le concessionnaire explique que, pour assurer une plus grande stabilité de sa situation, le juge est seul compétent pour prononcer la déchéance du contrat, sauf stipulation contraire. Toutefois, lorsque le contrat confie ce pouvoir à l'administration, l'autorité compétente doit être autorisée à y renoncer. La solution contraire adoptée par la jurisprudence est, selon l'auteur, "discutable car elle n'est pas nécessaire au fonctionnement du service public". Enfin, si le juge est compétent pour résilier le contrat, rien ne justifie le refus du Conseil d'État d'annuler la résiliation d'un contrat irrégulièrement prononcée par l'administration contractante au détriment de son débiteur⁵⁶.

Au nom du pragmatisme, Jèze est parmi les premiers à critiquer la différence entre les concessions et les marchés publics, qui lui semble " injustifiable, même si la

⁵³ *Ibid*, tome VI, p. 900 et 1032.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ *Ibid*, p. 1036.

⁵⁶ Par rapport à cette approche, le Conseil d'État semble s'adapter : voir CE, 17 mars 1934, Gouverneur général de l'Algérie c. sieur Carta, Rec. Leb., p. 377.

jurisprudence est très ferme à cet égard, il convient de la critiquer et d'essayer de la faire évoluer ⁵⁷.

Cette tentative de proposer une systématique différente est sévèrement critiquée par la doctrine⁵⁸.

Jèze envisage la concession de service public sous l'angle d'un acte mixte, afin de parvenir à un compromis : en fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du service, le contrat de concession crée, selon la réflexion de l'auteur, " une situation générale, impersonnelle, objective " commune à tous les usagers ; et " l'acte juridique qui crée, organise et régleme est nécessairement une loi, un règlement " ⁵⁹. En second lieu, cette situation est "permanente", "essentiellement modifiable par voie législative ou réglementaire", et la puissance juridique qu'elle constitue "ne peut faire l'objet d'une renonciation générale". Ces clauses de la convention sont donc fixées par l'administration en vertu de son pouvoir réglementaire, et elle est donc en droit, même dans le silence du contrat, de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne exécution du service. Il s'ensuit que les pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale de la concession sont réglementaires : " la personne chargée du service public [l'administration] peut prendre les mesures coercitives nécessaires pour obliger le concessionnaire à fournir le service déterminé dans les conditions prescrites ".

Cette notion permet à Jèze de fonder juridiquement les pouvoirs de l'administration, en maintenant le caractère contractuel des clauses qui fixent " les obligations réciproques de l'administration et du concessionnaire " ⁶⁰. Le pouvoir de modification unilatérale découle de la nécessité d'organiser les services publics⁶¹ : " il est donc inexact de dire

⁵⁷ Voir *Les principes généraux...*, op. cit, tome VI, p. 923.

⁵⁸ On s'interroge notamment sur le décalage entre la " proclamation d'une théorie générale fondée sur la notion de service public et les nuances dans sa mise en œuvre ", ainsi Georges Péquignot : " l'ouvrage est plutôt un groupement de questions analogues qui se posent à propos de différents contrats qu'un véritable arrangement " G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945, p. 5.

⁵⁹ Ainsi l'auteur dans *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, 1927, p. 16.

⁶⁰ "Considérez, par exemple, le contrat de concession de service public. L'autorité concédante a certainement le droit de réorganiser le service public concédé", ainsi G. JEZE *Les principes généraux*, op. cit. t. IV, p. 158.

⁶¹ Maurice Hauriou n'a pas manqué de souligner que si pour Jèze la procédure de droit public, qui doit être appliquée au service public, est elle-même fondée sur l'idée de l'inégalité des intérêts contradictoires, l'intérêt public doit prévaloir sur l'intérêt privé : " il admet implicitement que les prérogatives de puissance constituent le moyen pratique par lequel " l'intérêt général prévaut sur l'intérêt privé " M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, II éd., 1927, p VIII.

que le contrat de concession peut être modifié par l'administration, car ce n'est pas le contrat qui est modifié, mais l'organisation du service "⁶².

C'est dans ce contexte qu'intervient le changement visant à renforcer les exigences du service public. Par le biais de la décentralisation territoriale, l'objet des arrêts du Conseil d'État se déplace des travaux publics vers le service public, dont les corollaires sont les principes d'égalité, d'adaptation et de continuité⁶³.

Au nom du bon fonctionnement du service public, le contrôle du juge administratif commence à s'étendre au-delà même des clauses de la convention de concession⁶⁴, garantissant une protection efficace ; en outre, il serait déraisonnable de refuser au concédant le droit de faire exécuter intégralement le contrat par le concessionnaire si la convention ne prévoit pas les sanctions nécessaires⁶⁵. Par ailleurs, la pratique selon laquelle c'est l'administration elle-même, par l'intermédiaire du préfet, qui procède directement par voie d'exécution pour résilier le contrat en cas d'inexécution par le concessionnaire⁶⁶ est progressivement abandonnée, alors que le juge ne pouvait se prononcer que sur la violation d'une clause contractuelle : "*si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations, et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la ville de Nouzon, à raison du préjudice qui en résulte pour elle*"⁶⁷.

⁶² G. JÈZE, *Le régime juridique du contrat administratif*, R.D.P., 1945, p. 251.

⁶³ Sur la distinction et l'évolution des deux catégories, voir A. BLONDEAU, *La concession de service public : étude d'histoire du droit administratif*, Faculté de Grenoble, thèse, 1929, p. 43.

⁶⁴ Sur ce point, M. HAURIOU, *L'intervention du juge administratif dans l'exécution des contrats de concession*, note au Conseil d'Etat, 31 mai 1907, Deplanque c/ Ville de Nouzon, qui précise dans son commentaire que l'autonomie de l'administration dans l'exécution de ses droits est appelée à disparaître devant le contrôle du juge administratif, notamment en matière de gestion des services, de la même manière que l'autonomie du particulier dans l'exécution de ses droits privés a disparu devant le contrôle du juge civil. L'intervention préventive du juge dans l'exécution des droits et leur sanction est le résultat d'une évolution sociale vers toujours plus de régularité.

⁶⁵ Voir CE 15 janvier 1897, Soc. départementales d'usines à gaz, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 16 ; 24 janvier 1902, Gilquin, p. 45.

⁶⁶ "A l'avenir, le juge ne devra pas seulement prononcer la sanction dans le silence de la convention, mais il devra la prononcer conformément à la convention elle-même. La procédure d'exécution par décision administrative préalable constitue un système de justice privée" M. HARIOU.

⁶⁷ Encore CE, 31 mai 1907, Deplanque c. Ville de Nouzon, S. cit. Cette décision a été renvoyée au Conseil d'État parce qu'elle contredisait la jurisprudence selon laquelle il n'existe pas d'autre sanction pour le non-respect des conditions du contrat de concession que celles expressément prévues dans le *cahier des charges*, et aussi parce qu'il n'appartenait pas au tribunal de première instance de substituer

Comme l'indiquent les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu : " avant cette jurisprudence, le conseil préfectoral avait seul le droit d'ordonner des dommages et intérêts pour l'inexécution des obligations du concessionnaire, sauf si le contrat prévoyait formellement cette sanction⁶⁸. En revanche, pour pallier les carences du contrat, il est nécessaire que le juge puisse, dans le silence du contrat et en l'absence de disposition contractuelle clairement contraire, faire appel aux principes du droit, afin que les obligations du concessionnaire soient sanctionnées par des pénalités financières appropriées, proportionnées à l'importance des manquements constatés".

L'évolution de la jurisprudence à cet égard est claire⁶⁹ : tout d'abord, le concessionnaire se voit reconnaître le droit de réclamer une indemnité au concédant si les avantages promis dans le contrat ne lui sont pas conférés ; en outre, la seule résiliation du contrat ne lui offre pas une garantie suffisante, car " en matière de concession, la résiliation est ruineuse pour le concessionnaire "⁷⁰. Par la suite, il est également admis que dans le cas où l'autorité publique impose des obligations au concessionnaire par le biais d'une réglementation qui transcende les dispositions contractuelles, ce dernier est en droit de demander une indemnisation⁷¹. Le concessionnaire peut invoquer le régime des clauses en sa faveur, à condition qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public, critère utilisé assez largement par le juge administratif. Ainsi, dans les conclusions de Georges Teissier, dans l'affaire Compagnie des chemins de fer économiques du Nord, un préfet

à la plainte plus générique et plus vague des retards dans l'exécution du service public les plaintes spécifiques de la ville, qui étaient fondées sur le manque d'éclairage et le manque d'équipement.

⁶⁸ En effet, dans CE 15 juillet 1881, Syndic de la faillite du chem. de fer d'Orléans à Rouen, 3 arrêts, conclusions de Marguerie ; et 11 janvier 1884, Level, conclusions de Gomel, selon lesquels seul le contrat régit les rapports entre le concédant et le concessionnaire quant à leurs obligations mutuelles et aux sanctions qu'elles entraînent. Il n'appartient pas au juge de pallier le silence du contrat en appliquant les règles du droit commun, par exemple pour condamner le concessionnaire à des dommages et intérêts pour des manquements contractuels pour lesquels le contrat n'avait pas prévu de sanctions. En l'absence de clauses pénales pour un manquement spécifique, le concédant ne dispose que d'une seule sanction, la résiliation du contrat et la déchéance, qui seules peuvent être considérées comme du droit commun dans un contrat de concession.

⁶⁹ L'introduction à la *Revue des concessions* de l'année 1905 rappelle que la première intervention notable du juge sur le contrat de concession a eu lieu à propos de l'éclairage au gaz et de la concurrence électrique, dans les arrêts du Conseil d'Etat du 22 juin 1900, Commune de Maromme (Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 415, et du 10 janvier 1902, Comp. nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, S. et P. 1902.3.17, avec une note de M. Hauriou).

⁷⁰ Voir CE, 24 juillet 1885, Ville de Vich ; CE, 16 janvier 1903, Communes de Juvisy et de Viry-Châtillon, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 15.

⁷¹ Voir CE 23 janvier 1903, Chem. de fer économiques du Nord, Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 63.

avait pris un arrêté imposant à un concessionnaire de tramway une obligation supplémentaire non prévue au contrat. La société, en contestant l'acte administratif, avait invoqué une clause de l'accord à l'appui de sa demande. Teissier a considéré cet argument comme parfaitement recevable et a jugé que le pouvoir réglementaire du préfet était lié par cette disposition. Le Conseil d'État a jugé que seule la négociation du contrat pouvait permettre une augmentation de la circulation des tramways⁷².

Comme mentionné ci-dessus, outre la théorie de la double nature juridique de la concession, la théorie de l'acte mixte se développe également en doctrine et en matière préjudicielle : elle consiste à apprécier la convention comme " un enchevêtrement de clauses hétérogènes, dans lequel se mêlent les dispositions réglementaires relatives à l'organisation du service et les clauses contractuelles concernant, par exemple, la durée du contrat ou les avantages financiers accordés au concessionnaire "⁷³. Si la concession consiste à confier à un privé la gestion d'une activité ou d'un service, celui-ci "reste un service public et l'autorité responsable ne peut se dessaisir de son pouvoir d'organisation de ce service, même si les règles d'organisation sont fixées par le contrat"⁷⁴.

Raymond Odent est le plus grand représentant de la théorie de l'acte mixte, cristallisée dans ses conclusions à l'arrêt *Compagnie Générale des Eaux*⁷⁵, dans lequel l'auteur souligne la relation entre le service public et le caractère mixte du contrat qui en confie

⁷² Dans un autre sens, en 1907, dans sa célèbre décision sur les "Compagnies des chemins de fer de l'Est et autres", le Conseil d'État a légitimé l'intervention de l'administration pour prescrire, à tout moment, les mesures indispensables au bon fonctionnement du service concédé.

⁷³ Voir Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 151.

⁷⁴ Voir L. RICHER et F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., Paris, France, L.G.D.J., 2016, p. 67. De son côté, le président Bruno Genevois fait de ce caractère de la concession un élément de distinction avec les marchés publics : "Alors que le cahier des charges d'un marché de travaux publics est de nature exclusivement contractuelle, le contrat de concession de service public a un caractère mixte. Cette affirmation mérite d'être précisée à la lumière de la jurisprudence, car le caractère mixte n'est pas fonction de l'instrument juridique, mais de la finalité pour laquelle il est utilisé.

⁷⁵ Cf. CE, 16 juin 1922, *Compagnie générale des eaux c. Ministre de la Marine et Ville de Toulon*, rec. p. 521 ; en particulier sur le litige, relatif à l'exécution d'un contrat de fourniture de l'État, le Conseil d'État est compétent ; en effet, s'il était nécessaire, pour sa résolution, d'interpréter certaines dispositions du contrat de concession conclu entre la ville de Toulon et la Compagnie générale des eaux - matière qui relève, en principe, de la compétence du Conseil d'État - cette interprétation ne pouvait être séparée du débat principal ; dans ces conditions, le Conseil d'État aurait dû se déclarer incompétent sur l'ensemble du litige.

l'exécution : " la convention est un acte mixte qui présente une double caractéristique, surtout dans le cas de la gestion du service public, catégorie qui domine toute une partie de notre droit public "⁷⁶. La convention " n'est contractuelle que dans la mesure où elle établit les relations financières entre le concédant et le concessionnaire, mais elle a un caractère normatif pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public, son organisation matérielle et technique, les services qu'il doit rendre au public et le tarif des différentes redevances que le concessionnaire est autorisé à percevoir "⁷⁷.

La théorie de l'acte mixte a eu un impact important sur le contentieux, puisque les usagers peuvent ainsi également invoquer les clauses "réglementaires" de l'acte de concession, en prétendant faire respecter les conditions que le Conseil d'État précise régulièrement⁷⁸.

En substance, l'acte mixte est défini comme un contrat à effets normatifs, la doctrine l'a qualifié de catégorie juridique caractérisée par un régime spécifique⁷⁹.

Il est admis qu'il existe également une doctrine différente, qui reste minoritaire, résultat de l'hégémonie du droit dans le système juridique français, qui considère que le contrat de concession n'est plus un contrat en ce qui concerne les tarifs, mais un règlement⁸⁰.

Une autre doctrine encore affirme que les sommes versées par les usagers et perçues par le concessionnaire constituent un "impôt" public, de nature à rendre le contrat "spécial"⁸¹. Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État ne semble pas étayer cette thèse et ne donne pas non plus à l'administration le pouvoir de modifier unilatéralement les tarifs de vente de l'eau, de l'électricité et du gaz⁸². On en trouve la preuve dans les conclusions du commissaire Richemont qui, dans une décision du 30 novembre 1925, a rappelé que ce n'est qu'en droit civil que la somme demandée par le concessionnaire

⁷⁶ CE Sect., 5 mars 1943, Compagnie générale des eaux, D. 1944, J. 121.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voir EC, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli, Rec. p. 961, concl. ROMIEU.

⁷⁹ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : la notion d'acte mixte en droit public français*, coll. Bibliothèque de droit public, tome 53, Paris, Lib. gén. droit et jurisprudence 1971, p. 390.

⁸⁰ Ainsi G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, 2^e édition, Paris, 1914, p. IV. G. VEDEL écrit de lui : "*Gaston Jèze demeure - et c'est peut-être son plus beau titre scientifique -, le père de la théorie des contrats administratifs qu'il a à peu près tirée du néant*" Droit administratif, Paris, P.U.F., 7^e éd.

⁸¹ Ainsi R. TESTE, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique*, Paris, Dalloz, 1940, pp. 89-130.

⁸² Voir CE n° 3242 du 17 juin 1928.

à l'utilisateur peut être considérée comme le prix d'une vente, et après avoir rejeté la notion de taxe, a demandé une intervention législative pour étendre le droit de réviser ce qui est un tarif à de nouvelles hypothèses.

Après la Première Guerre mondiale, l'administration a pris soin d'inclure certaines clauses de révision tarifaire dans la plupart de ses conventions, mais ces précautions se sont avérées inutiles. En effet, les procédures de révision s'avéraient trop rigides par rapport aux exigences économiques et sociales croissantes. Le Conseil d'État a donc introduit une certaine souplesse dans la gestion des concessions afin de mieux répondre aux besoins collectifs. Ce résultat a été obtenu en soulignant et en renforçant à nouveau les corollaires du service public dans la gestion des services concessionnaires.

En substance, aucune des théories de l'époque n'est en mesure de donner une unité à la concession de service public. Un tel contrat à effet réglementaire peut être régi par le droit privé ou public, et dans l'acte mixte, tant le contrat que l'acte peuvent prévaloir, selon une appréciation à faire *in concreto*.

Par la suite, les années 1950 et la période qui suit la Seconde Guerre mondiale connaissent une phase de centralisation exceptionnelle des services publics, sous la double impulsion de la volonté dirigiste des modernisateurs et de la perte de crédibilité du régime de Vichy⁸³. Une administration désormais très centralisée et interventionniste se met entièrement au service de la reconstruction, puis de l'expansion de l'État vainqueur de la guerre en Europe.

3. LE SERVICE PUBLIC COMME PRINCIPE DU CONTRAT DE CONCESSION

La publicisation du contrat de concession, qui a suivi la diffusion de la théorie du *service public*, qui a fait du service public la matrice des concessions administratives⁸⁴,

⁸³ Cf. la reconstitution par J. MASSOT, *Le conseil d'état et le régime de Vichy, Vingtième Siècle*, in *Revue d'histoire*, année 1998, pp. 83-99.

⁸⁴ Dans ce sens, voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, op. cit. p. 284-86. Le service public est conçu, selon CHEVALLIER, comme " le principe qui commande la légitimité de l'Etat et comme la clé qui donne accès au régime du droit public " J. CHEVALLIER, *Le service public*, op. cit. p. 16.

n'a fait que typer, bien que dans le cadre d'une valorisation marquée des profils de spécialité, les aspects contractuels typiques de l'acte de concession⁸⁵.

La construction du service public dans le système juridique français représente un choix politique, social et économique de "mettre l'État au service du public"⁸⁶, une de ces notions "dont l'idéologie se perçoit plus qu'elle ne s'explique"⁸⁷.

La notion est "saturée de sens multiples qui se superposent, s'entrecroisent et se renvoient les uns aux autres, entre lesquels la transition est constante"⁸⁸ et, malgré les

⁸⁵ Voir R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui*, in *Droits*, 1990, n° 12, p. 117 et suivantes. La position de G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3e éd., tome III, Paris, 1926, p. 342 est à cet égard emblématique : "le contrat qui intervient entre l'administration et le concessionnaire est un contrat administratif au sens précis du mot. En effet, le fonctionnement du service industriel organisé en service public implique toujours l'application des règles exorbitantes du droit civil. Il suit de là que tous les contrats de concession de service public sont des contrats administratifs". Sur l'identification des "contrats administratifs par nature", caractérisés par le fait d'être stipulés "pour assurer le fonctionnement d'un service public" (Ibid, p. 298), voir, en se référant spécifiquement aux travaux de Gaston Jèze, E. Garcia de Enterría, *La figura del contrato administrativo*, in *Revista de administracion publica*, no 41 (1963), p. 108-9 ; G. Salon, *Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 12 (1991), p. 71 et suivantes. Une défense opportune des raisons de l'unilatéralisme contre "l'opinion la plus ancienne de la littérature française et italienne" peut être relue dans Zanobini, *L'esercizio privato*, op. cit. p. 426-30.

⁸⁶ Définition de Léon Duguit, op. cit.

⁸⁷ Ainsi, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, France, Montchrétien, 2008, tome 1, point 748 : "les meilleurs esprits s'accordent à dire que la notion de service public est indéfinissable". B. PLESSIX, *L'éternelle jeunesse du service public*, op. cit, p. 1 : "c'est la renaissance d'un Lazare juridique, le rajeunissement éternel d'un illustre vieillard : le service public. Et vers le Panthéon des gloires nationales, le principe de la non séquestration des biens publics ne manque pas d'accompagner triomphalement le prestigieux cortège".

⁸⁸ Voir à cet égard R. KOSELLECK, *Histoire des concepts et histoire sociale, Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*. Paris, Éditions de l'EHESS, p. 19 : "le contenu a évolué si fondamentalement au fil du temps que, malgré l'identité du terme lui-même, les significations sont à peine comparables et ne peuvent être retrouvées qu'à un niveau historique". Pour situer le contexte historique, à partir des décrets Poincaré de 1926, la délégation de service public devient la méthode de gestion par excellence. Lors de la crise de 1929, qui a touché les services publics et industriels, les choix politiques et économiques ont conduit à une forte nationalisation des principales activités concessionnaires (électricité et gaz, chemins de fer, métros), ramenant les financements publics et privés dans le domaine public. Les années 30 voient la création de nombreuses sociétés de gestion publique, et l'économie mixte devient le mode d'organisation de base dans de nombreux domaines. Après la Seconde Guerre mondiale, l'économie française se redresse, mais en 1947, le principe de l'équilibre financier entre les recettes et les dépenses des concessions est imposé. L'après-guerre voit la création de sociétés d'économie mixte avec le décret de 1955 et le début de la décentralisation, qui décuple ces sociétés.

difficultés rencontrées pour la comprendre, elle reste "l'une des images fondatrices du système français, sur laquelle repose l'identité collective"⁸⁹.

Sa dimension mythique⁹⁰, idéologique et juridique résiste à toute simplification conceptuelle⁹¹ ; sa vitalité est telle que le service public est utilisé "comme critère d'application du droit administratif"⁹².

Au début du 20^{ème} siècle, la qualification d'un régime spécial de la concession était basée presque exclusivement sur la présence de clauses exorbitantes du droit commun, cependant, les commissaires du gouvernement avaient déjà lié tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits - même à travers le processus contractuel - à une opération administrative qui est, par sa nature même, du domaine de la juridiction administrative. La présence de l'objet du service public s'affirme comme un critère de répartition des compétences, étendant la compétence du juge administratif⁹³.

C'est depuis le célèbre arrêt Blanco⁹⁴ que le service public entraîne l'application d'un régime juridique qui va au-delà du droit commun, grâce à l'application du critère matériel.

Dans les arrêts Terrier⁹⁵ et Théron⁹⁶, c'est le service public qui permet de qualifier les concessions de contrats administratifs, et c'est la notion de service public qui

⁸⁹ Ainsi J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, France, P.U.F, 2012, p. 4.

⁹⁰ Voir G. LIET-VEAUX, *La théorie du service public, crise ou mythe ?*, La Revue administrative, mai 1961, vol. 14, n° 81, pp. 256-264.

⁹¹ Sur ce point, voir B. PLESSIX, *L'éternelle jouvence du service public*, cit. M. HASTINGS, *Les constellations imaginaires du service public*, L'Harmattan, 1999.

⁹² Ainsi G. LIET-VEAUX, *La théorie du service public, crise ou mythe ?*, op. cit., p. 261.

⁹³ Voir l'étude de G. MONTELLA, *Il Service public come principio* in Duguit et Hauriou, *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Roma, 14-15 novembre 2014 in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, Naples 2014.

⁹⁴ Jugement rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873.

⁹⁵ Voir CE, 6 février 1903, Terrier, Rec. p. 94, concl. ROMIEU ; S. 1903, III, 25, note HAURIOU, GAJA, n° 11. ROMIEU : "Toutes les actions entre personnes publiques et tiers, ou entre ces personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public relèvent de la juridiction administrative".

⁹⁶ Voir CE, 4 mars 1910, Théron, Rec. CE 1910, p. 193, concl. PICHAT ; DP 1912, 3, p. 57, concl. PICHAT ; RD publ. 1910, p. 249, note G. JÈZE, S. 1911, 3, p. 17, note M. HAURIOU : "La ville de Montpellier a agi pour protéger l'hygiène et la sécurité de la population et avait donc pour objectif d'assurer un service public.

caractérise la notion de concession elle-même : le juge français a contribué à forger l'indissociabilité entre les deux figures.

Par la suite, le caractère particulier des contrats de concession de service public est dû aux tendances publicistes de la jurisprudence menées par les arrêts Époux Bertin⁹⁷ et Consorts Grimouard⁹⁸ : elles impliquent " une réévaluation spectaculaire de la notion de service public comme élément fondamental de l'identification des notions clés du droit administratif " ⁹⁹.

Cette élévation théorique est toutefois mise à mal par les exigences qui se présentent dans la pratique.

En effet, comme on le sait, à partir des années 1920, afin de répondre aux besoins économiques et commerciaux croissants, une distinction s'est opérée de préférence au service public : le SPA (c'est-à-dire le service public proprement administratif) et le SPIC (le service public industriel et commercial). Il est intéressant de noter comment l'adjectif public coexiste à la fois dans le cas du service administratif et du service industriel et commercial. Dans une telle circonstance, les relations entre le

⁹⁷ Cf. CE, sect., 20 avril 1956, Époux Bertin : Rec., p. 167 ; AJDA 1956, 2, p. 221, chron. J. FOURNIER et G. BRAIBANT : le contrat de fourniture de nourriture aux citoyens soviétiques dans un centre de rapatriement, appelé contrat privé, a pour objet l'exécution d'un service public. Cela suffisait à lui donner le caractère d'un contrat administratif sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il contenait des clauses non couvertes par le droit commun. Le Conseil d'État revient ainsi sur la jurisprudence dite de l'affaire du granit (CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, Rec.) dans laquelle il avait semblé poser deux conditions à l'existence d'un contrat administratif, en plus de celle presque toujours exigée relative à la présence d'au moins un sujet public parmi les contractants, à savoir la participation du contractant à l'exécution du service public et la présence dans le contrat de clauses échappant au droit commun. L'intérêt de cette nouvelle solution réside dans le fait que l'administration, lorsqu'elle confie elle-même l'exécution du service public, peut utiliser les prérogatives que lui confère le caractère administratif du contrat sans qu'il soit nécessaire de faire figurer ces prérogatives dans le contrat.

⁹⁸ Cf. CE, sect., 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard : Rec., p. 168 ; AJDA 1956, II, p. 187 : le Conseil d'État qualifie de travaux publics les travaux qui sont réalisés avec des fonds privés sur des propriétés privées mais qui constituent l'objet même d'un service public. Le Conseil d'État confirme ainsi la jurisprudence du Tribunal des conflits, selon laquelle doivent être considérés comme des travaux publics les travaux réalisés pour un sujet public à des fins générales ou réalisés par un sujet public dans le cadre d'une mission de service public (voir T. conflits., 28 mars 1955, Association Syndicale de reconstruction de Toulon c. EFFIMIEFF : Rec., p. 617 ; Rev. adm. 1955, p. 285, notes LIET-VEAUX ; JCP G 1955, II, 8786, notes BLAEVOET ; AJDA 1955, p. 332, notes J.A.).

⁹⁹ Voir J-F. LACHAUME, *Droit administratif*, op. cit. , p. 55 ; R. LATOURNERIE, "Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public", E.D.C.E., 1960, p. 61 ; A. De LAUBADÈRE, "Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français", A.J.D.A., 1961, p. 591.

concessionnaire et les usagers prendront un caractère privé et conduiront à la compétence du juge ordinaire¹⁰⁰.

La notion de SPIC découle d'une nouvelle perception économique moderne et libérale, permettant la création de ces services en cas de défaillance du marché¹⁰¹, complétée par une initiative et une gestion synergique entre les secteurs public et privé.

Cette catégorie rompt le lien indissoluble entre le service public et la personnalité juridique du droit public, et dépasse la théorie fonctionnelle du service public, laissant ces contrats soumis au droit privé. Dans le cadre d'un contrat de droit privé, conclu entre un professionnel d'une part et un usager d'autre part, l'existence d'une clause exorbitante n'en fait pas un contrat administratif, surtout lorsque l'intérêt général résulte d'une mise en balance des intérêts publics et privés.

Cette dichotomie entre SPA et SPIC conduit à une nouvelle définition du service public : il s'agit d'une activité d'intérêt général assurée soit par une personne publique, soit par une personne privée liée à une personne publique et soumise à un régime juridique particulier, dans lequel le droit public joue un rôle plus ou moins important¹⁰².

La notion de SPIC apparaît dans l'arrêt *Société générale d'armement*¹⁰³, selon lequel un service public industriel et commercial se distingue des autres services publics administratifs en ce qu'il est généralement caractérisé par une relation de marché entre le prestataire et l'utilisateur, plutôt que par la relation entre le concédant et le concessionnaire.

¹⁰⁰ Voir C, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain. En ce qui concerne les services publics gérés par des personnes privées, il est nécessaire que le dommage découle à la fois de la prestation d'un service public et de l'exercice d'une prérogative de puissance publique (ex. CE, 23 mars 1983, S.A. Bureau Véritas et autres). Le juge qui a statué sur l'affaire n'a pas utilisé l'expression SPIC, mais la gestion "d'un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire". Plus récemment, voir M. TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, préface de Jacques Caillosse, LGDJ, coll. Forum, 2019, notamment p. 279 et s.

¹⁰¹ L'échec du marché, en revanche, est à l'origine du service public "réserve" constitutionnel italien, qui est examiné plus en détail dans le chapitre suivant.

¹⁰² M. Hauriou écrit : "autrefois, les services publics industriels étaient beaucoup moins nombreux qu'aujourd'hui, et le contrat de concession était rigide et n'impliquait pas le recours à des principes de droit civil ou à d'autres règles que celles établies dans le contrat ; aujourd'hui, on se rend compte que cette conception est trop étroite. Cette introduction du droit commun dans la relation contractuelle entre le concédant et le concessionnaire est nécessaire en raison du développement des services publics industriels et s'inscrit tout à fait dans les tendances actuelles de la jurisprudence".

¹⁰³ The 23 décembre 1921.

L'arrêt "Granits porphyroïdes des Vosges"¹⁰⁴ reconnaît le service public industriel : la fourniture de pavés à la ville de Lille est un contrat de droit privé car il est conclu "selon les règles entre particuliers". Selon Léon Blum, "lorsqu'on traite d'un contrat, il faut comprendre, non pas en vue de quel objet ce contrat est conclu, mais ce que le contrat est par nature. L'objet du contrat peut être un service public, mais il se peut que l'administration, tout en agissant pour fournir un service public, se soumette volontairement au droit privé, en concluant un contrat typique du droit commun et donc soumis aux règles du code civil, ou en s'engageant dans des relations contractuelles dans lesquelles l'administration est censée agir comme une partie privée". Le critère de la présence d'une clause exorbitante prime sur le contenu du contrat : cette clause, en effet, n'est pas expressément définie, sauf par élimination : il s'agit d'une clause qui ne serait pas présente dans un contrat privé¹⁰⁵.

L'applicabilité du régime de droit privé devient une conséquence lorsque l'administration a utilisé le service "dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire" et perd également le "privilege de juridiction administrative"¹⁰⁶. L'importance du privilège disparaît également parce que c'est l'administration qui veut adopter un régime privé, en raison de la plus grande adaptabilité à la gestion d'une activité de production, de distribution et de prestation de services.

¹⁰⁴ Voir CE 31 juillet 1912, n° 30701.

¹⁰⁵ Pour G. Vedel une clause exorbitante est une " clause illicite, impossible en droit privé ", selon R. Chapus tels sont des clauses qui sont "inconcevables dans les relations entre particuliers".

¹⁰⁶ Voir TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, conclusions de Matter. La colonie de Côte d'Ivoire exploitait un service de ferry sur les lagons côtiers. La West African Trading Company possédait une voiture, qui a été gravement endommagée lorsque l'un de ces ferries, le ferry Eloka, a coulé. Il restait à déterminer quelle juridiction était compétente pour statuer sur sa demande, ce qui justifiait que l'affaire soit portée devant le Tribunal des conflits. L'affaire a soulevé la question de savoir si des services entiers de l'administration pouvaient être considérés comme fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée, justifiant ainsi la compétence du tribunal pour connaître de l'affaire et le sens et la portée de la décision. La Cour a répondu à cette question par l'affirmative, admettant l'existence de services publics fonctionnant dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée. C'est ainsi qu'est née la notion de service public industriel et commercial (SPIC), soumis à un régime de droit privé et relevant de la compétence du juge. Il était déjà admis que l'administration pouvait agir dans certaines opérations isolées, comme un particulier, sans utiliser les prérogatives de puissance publique, mais cela n'avait jamais été accepté pour un service entier.

Comme on le sait, le SPIC est identifié par trois critères - l'objet du service public, son mode de fonctionnement¹⁰⁷ et la source de son financement - utilisés de manière extensive et souple par la jurisprudence. La finalité est le critère le plus insaisissable, car elle s'identifie au service lui-même : selon une règle herméneutique générale, s'il s'agit d'une activité de production, de distribution ou de fourniture d'un service, on peut considérer qu'elle présente un intérêt industriel et commercial, ce qui souligne l'ampleur de cette catégorie prétentiveuse.

L'objet du contrat était compris comme la cause contractuelle¹⁰⁸ : en ce sens, la santé publique était considérée comme un SPA dans le cas d'un service de collecte des déchets ménagers¹⁰⁹, et comme un SPIC dans le cas d'une activité matériellement exercée par une entreprise privée¹¹⁰.

En ce qui concerne le mode de financement, la jurisprudence examine notamment s'il s'agit d'une subvention ou d'une redevance sans rapport avec le coût du service - qualifié de public dans ce cas - ou si la redevance est en fait un prix, fixé en fonction de la consommation de l'utilisateur, et le service serait alors qualifié de SPIC¹¹¹. En outre, l'ampleur du contrôle exercé par la Cour signifie que le SPIC peut exister même en l'absence des critères mentionnés sur le site¹¹². Cette jurisprudence en faveur de

¹⁰⁷ Ainsi, un éventuel personnel soumis au code du travail, une comptabilité privée, l'utilisation de pratiques commerciales, un contrat de droit privé, sont des preuves suffisantes pour porter la concession de service public devant les tribunaux ordinaires et le régime de droit privé (CE, 16 novembre 1956, Union Syndicale des Industries Aéronautiques).

¹⁰⁸ C'est ce que prévoit l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui a réformé le droit des contrats, le régime général et la preuve des obligations a supprimé la notion de cause (art. 1131 et suivants du code civil).

¹⁰⁹ Cf. CT 28 mai 1979, Cergy-Pointoise : en raison de la présence d'un service public administratif, les juridictions ordinaires sont interdites de connaître du litige : il existe, en effet, une compétence administrative pour connaître d'un litige relatif à la gestion d'un service de collecte des déchets ménagers qui, géré directement par un établissement public administratif et financé exclusivement par le produit d'une taxe communale, est exclu de tout caractère industriel ou commercial.

¹¹⁰ Lorsqu'il ne s'agit pas de travaux publics ou d'ouvrages publics, mais de SPIC les dommages causés aux tiers relèvent de la compétence des juridictions ordinaires, voir TC 11 juillet 1933, Dame Mélinette, Leb. p. 1237, concl. Rouchon-Mazerat, D. 1933, 3, p. 65, note C. Blaevoet.

¹¹¹ Voir CE 20 janvier 1988 SCI la Colline. La jurisprudence a clairement établi que les litiges entre l'exploitant d'un SPIC et ses utilisateurs, même si l'activité de ce service se déroule sur le *domaine public*, relèvent de la juridiction ordinaire, étant par nature " détachable " de l'occupation étatique, comme nous le verrons plus en détail dans les paragraphes suivants.

¹¹² Le Tribunal des Conflits a reconnu le service des eaux comme un SPIC, sans tenir compte de son mode de gestion - une société interne à la commune - ni de l'origine de son financement - l'absence de budget autonome et des avances qui ne couvrent pas le coût du service. En doctrine, J. F. Lauchume,

l'application du droit civil aux services publics d'intérêt économique et commercial a été confirmée à plusieurs reprises et est constante¹¹³. Une partie de la doctrine demandait une nouvelle définition des critères de distinction entre les deux services, afin d'aboutir à un renversement de la présomption de service public, au profit d'une présomption de service public industriel et commercial.

En substance, le champ des services publics d'intérêt économique et commercial érode celui du service public pur, qui comprenait auparavant tout ce qui n'était pas considéré comme une expression de la puissance publique, contribuant à redessiner les frontières de la spécialisation administrative française. L'avènement du droit euro-unitaire produira également des effets importants en ce qui concerne la distinction entre SPA et SPIC, qui sera considérablement affaiblie par l'émergence de la notion d'"opérateur économique".

4. L'AFFIRMATION DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC COMME CONTRAT ADMINISTRATIF

Le contrat administratif, particularité du droit administratif français, est un contrat conclu par au moins une personne morale publique¹¹⁴ sur lequel le juge administratif est compétent¹¹⁵. La première loi admettant une spécificité du contrat d'administration remonte à la période post-révolutionnaire¹¹⁶.

Droit de services publics, cité, discute encore pour savoir s'il s'agit d'une révocation absolue ou si elle est limitée au service public de l'eau.

¹¹³ Voir CE, Sect., 13 octobre 1961, Établissements Campanon-Rey ; TC Dame Bertrand c. Cne de Miquelon 17 décembre 1962, Rec., p. 831 ; et encore TC, Dame Veuve Canasse, 10 octobre 1966.

¹¹⁴ Le critère dit organique ; il est nécessaire qu'au moins une personne publique soit partie au contrat pour que celui-ci soit qualifié d'administratif. Ainsi, en principe, un contrat conclu entre deux personnes privées est un contrat de droit privé (CE, Sec., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord), même si l'une d'entre elles est chargée d'une mission de service public administratif (TC 3 mars 1969, Soc. Interlait).

¹¹⁵ Selon R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, 12e éd, la détermination du contrat administratif par la loi se confond avec la détermination selon l'objet, puisque la loi ne fait que prendre acte d'une réalité découlant de l'objet du contrat.

¹¹⁶ C'est ainsi que s'énonce la loi du 28 pluviôse an VIII : " Loi concernant la division de l'État et de l'administration : contrat pour l'exécution de travaux publics, contrat pour la vente de biens de l'État ". En outre,

La création jurisprudentielle du contrat administratif, qui est l'une des constructions les plus remarquables du Conseil d'État¹¹⁷, trouve son origine dans la consécration de l'autonomie du droit administratif proclamée par le *Tribunal des Conflits* dans le célèbre arrêt Blanco de 1873¹¹⁸. Cette construction jurisprudentielle de la catégorie a commencé par un régime exorbitant du droit commun et fondé sur la reconnaissance de pouvoirs unilatéraux au profit d'une administration consensuelle¹¹⁹. Progressivement, l'administration s'est vue reconnaître le pouvoir de révoquer le contrat administratif pour des raisons d'intérêt général, ou en cas de faute du contractant privé, jusqu'au pouvoir de modification, *ius variandi* unilatéral¹²⁰. Ces pouvoirs de légitime défense sont à la base de la distinction entre le contrat administratif et le contrat du Code civil, régie par l'article 1134 du Code civil.

Pour les besoins de la définition, la jurisprudence suit deux critères alternatifs : le critère matériel et le critère téléologique. Le critère matériel-objectif concerne le contenu du contrat et consiste, précisément, à détecter la présence d'une ou plusieurs clauses "exorbitantes" par rapport au droit commun des contrats. Le critère téléologique se concentre sur la fonctionnalisation de la concession : lorsqu'un contrat est conclu avec l'objectif et la mission de fournir et de gérer un service public, il s'agit d'un contrat administratif.

L'arrêt "Thérond"¹²¹ déclare explicitement le caractère administratif de la concession d'un service public communal et précise les compétences de l'administration en matière d'exécution des services publics locaux : depuis cet arrêt, les contrats conclus entre une

l'art. 4 établit la compétence du conseil préfectoral sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, sur le sens ou l'exécution des clauses de leur contrat.

¹¹⁷ Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit. , p. 45.

¹¹⁸ Voir TC 8 février 1873, Blanco, voir ci-dessous sur la notion de service public.

¹¹⁹ Cela remonte à l'arrêt précité du CE, 31 juillet 1912, Société des Granites des Vosges.

¹²⁰ *Ex multis*, voir CE du 19 janvier 1973, société d'exploitation électrique de la rivière du saint, selon lequel il s'agit de contrats soumis à un régime exorbitant du droit commun, en raison tant du caractère obligatoire de leur conclusion que du pouvoir conféré par les dispositions du cahier des charges. Les contrats conclus par Électricité de France (EDF), au sens de l'article 1er du décret du 20 mai 1955 avec les producteurs indépendants d'électricité, sont soumis à un régime exorbitant du droit commun et ont le caractère de contrats administratifs. En l'espèce, le tribunal administratif est compétent pour se prononcer sur la légalité de la décision par laquelle EDF a refusé de signer un tel contrat. Cette décision fait partie des contestations à soumettre au ministre du développement industriel et scientifique avant la saisine du tribunal administratif.

¹²¹ Voir l'arrêt du Conseil d'État du 4 mars 1910.

collectivité locale et un concessionnaire sont des contrats administratifs, et leur objet, ainsi que tout litige les concernant, relèvent de la compétence du juge administratif.

Dans ses conclusions à l'arrêt "Gaz de Bordeaux"¹²², Chardenet définit la concession comme "le contrat administratif qui confie à une personne ou à une entreprise privée l'exécution d'un ouvrage public ou la fourniture d'un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et qui se rémunère en lui confiant la gestion de l'ouvrage ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances des usagers de l'ouvrage ou de ceux qui bénéficient du service"¹²³.

Cette définition présente deux avantages : d'une part, elle met en évidence les principes généraux qui sous-tendent ce modèle contractuel et qui témoignent de la volonté de la juridiction administrative de limiter les éléments d'instabilité de la concession afin de renforcer l'unité de la catégorie ; d'autre part, elle permet un ancrage au contrat, car elle décrit un mécanisme qui, bien que particulier dans son exécution, ainsi que dans son financement et sa rémunération, répond aux critères communs de la théorie générale du contrat.

Dans le système français, on assiste donc à un glissement de la doctrine des théories biphasées liées à l'acte (mixte) vers les théories unilatérales du contrat de concession¹²⁴. Dès l'origine, cette catégorie s'appliquait à des cas et des hypothèses suffisamment précis, dotés d'un régime spécifique, différent du droit civil et capable de transformer en contrats publics tous les événements consensuels concernant l'exercice d'une fonction ou d'un service public¹²⁵.

Malgré l'existence d'éléments administratifs indiscutables, face à l'exercice de pouvoirs exorbitants par l'administration publique, certaines règles fondamentales ont été établies en faveur de la partie privée pour protéger l'équilibre économique du contrat, ce qui représente également une nécessité pour les prérogatives de l'administration. En effet, les différentes conséquences pécuniaires sont graduées selon que l'extinction du

¹²² Voir CE 30 mars 1916, *Compagnie générale du gaz de Bordeaux*, *Recueil Lebon*, p. 125.

¹²³ Voir P. CHARDENET, *Conclusions sur le CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, *Rec* ; p. 125-143 ; S. 1916, III, 17 ; Note de M. HAURIO, p. 580-601.

¹²⁴ Voir L. de CARRATIER DUBOIS, *Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux* (années 1880-1950), *Revue d'histoire moderne & contemporaine* 2005/3 (n° 52-3), p. 51-74.

¹²⁵ Ce n'est pas pour rien que J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1960, p. 90 et suivantes, a inclus ces contrats dans le chapitre III sur les actes administratifs.

contrat est due à un *factum principis*¹²⁶, à la responsabilité de la partie privée, à un événement fortuit et imprévu (*théorie de l'imprevisión*¹²⁷) ou, enfin, au caractère aléatoire normal du contrat.

Les pouvoirs unilatéraux sont inclus dans les contrats et réglementés par des textes spécifiques pour certaines catégories de contrats administratifs très spécialisés : pouvoirs de contrôle et de direction, dont l'intensité et les modalités varient selon qu'il s'agit ou non d'un service public, et qui sont justifiés par le principe d'adaptation/changement, au point qu'ils sont réduits dans le cas des contrats administratifs consistant en des conventions d'occupation du domaine public (qui comprennent également les concessions domaniales).

L'unilatéralisme devient une caractéristique substantielle de la notion de contrat administratif, même en présence de plusieurs personnes de droit public contractantes. La jurisprudence tend à étendre le contenu de ces prérogatives unilatérales en y ajoutant, d'une part, le pouvoir de contrôler et de diriger l'exécution du contrat, et d'autre part, l'imposition de sanctions coercitives.

¹²⁶ *Le fait du prince* se produit lorsque le législateur ou l'autorité administrative compétente édicte des dispositions qui, dans l'intérêt public, imposent des comportements ou des interdictions spécifiques qui ne permettent pas l'exécution, indépendamment de la volonté du débiteur.

¹²⁷ La théorie de l'imprévision, comme on le sait, est très ancienne : elle a été introduite pour la première fois par les juges ordinaires et plus précisément par la Cour de cassation dans un célèbre arrêt du 6 mars 1876 concernant l'affaire du Canal de Craponne : selon l'article 1134 du code civil : " les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ". En droit administratif, la décision fondatrice a été prononcée par le Conseil d'État le 30 mars 1916 dans l'affaire Gaz de Bordeaux, permettant une indemnisation. L'affaire a été jugée pendant la première guerre mondiale. Le contrat en question concernait la ville de Bordeaux et la *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. Compte tenu de l'augmentation du prix du charbon, la société a rencontré des difficultés imprévues pour garantir la continuité du service public ; ces difficultés n'étaient pas prévues lors de la conclusion du contrat. Le Conseil d'État rappelle qu'"en principe, le contrat de concession règle définitivement, jusqu'à son expiration, les obligations comparées du concessionnaire et du concédant". Mais elle ajoute que "la fabrication du gaz a atteint une proportion telle que non seulement elle est exceptionnelle au sens que l'on donne habituellement à ce terme, mais qu'elle entraîne une augmentation du coût de fabrication du gaz qui, dans une mesure qui défie tout calcul, dépasse certainement les limites extrêmes des augmentations qui pouvaient être envisagées par les parties au moment de l'attribution du contrat de concession". L'économie du contrat est absolument compromise". La théorie de l'imprévisibilité présuppose un élément imprévisible mais résistible. Si l'élément est irrésistible, le pouvoir adjudicateur peut alors résilier le contrat en invoquant la force majeure. C'est ce qu'a jugé le Conseil d'État dans un arrêt du 9 décembre 1932 dans l'affaire de la Compagnie des tramways de Cherbourg. Selon le commissaire du gouvernement Latournerie, la force majeure est un événement qui ne peut être prévu ou empêché.

Il ne manquait pas de doctrine qui, par la suite, a défini l'exorbitance du pouvoir administratif dans l'exécution du contrat par l'administration comme "largement mythifiée"¹²⁸ et ne consistant pas en l'unilatéralité du pouvoir administratif, puisque même dans les contrats de droit privé il existe des pouvoirs de résiliation unilatérale privée, même sans faute du contractant¹²⁹, et en fait le contrat administratif relève d'une "catégorie unique, commune au droit privé et au droit public"¹³⁰. Les pouvoirs unilatéraux, sans disparaître, peuvent devenir "résiduels", le contrat lui-même étant le fondement de ces pouvoirs, mais aussi leur limite. En pratique, l'administration préfère souvent appliquer ce qui est prévu dans le contrat, plutôt que ses prérogatives unilatérales : les bases extracontractuelles des pouvoirs unilatéraux de l'administration restent subsidiaires, en cas de silence ou d'insuffisance du contrat. Le droit administratif des contrats identifie les règles essentielles du droit des contrats¹³¹.

5. LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC AU 20ÈME SIÈCLE : ENTRE ORGANISATION ET INTUITUS PERSONAE

La dimension de spécialité de la concession en tant que *contrat administratif* est confirmée et renforcée par la pertinence organisationnelle du service public. Selon M. Deguit, "les personnes publiques ont avant tout la responsabilité d'assurer le fonctionnement des services dans les meilleures conditions possibles"¹³², et la jurisprudence confirme que le contrat de concession d'un service public "constitue l'organisation même du service"¹³³.

¹²⁸ Ainsi J. LAMARQUE, *Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, AJDA 1961, p. 123.

¹²⁹ Par exemple, les contrats de location, d'assurance ou d'emploi.

¹³⁰ Voir P. WEIL, *Le critère du contrat administratif en crise*, Mélanges M. Waline 1974, p. 831 ; P. AMSELEK, *La qualification des contrats d'administration*, AJDA 1983, p. 3.

¹³¹ Voir sur ce point D. TRUCHET, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. L. Cadiet, Economica 1987, p. 186. Enfin, voir G. VEDEL, P. DEVOLVE, *Droit administratif*, 12 éd. PUF, p. 410 : "il a été écrit, notamment dans les éditions précédentes de cet ouvrage, que l'article 1134 du code civil était inapplicable aux contrats administratifs : cette formule catégorique est sans doute excessive et invite à la nuance".

¹³² Ainsi l'auteur dans *Traité de droit constitutionnel*, tome III, Paris, Sirey, 1929, p. 447.

¹³³ Ainsi, par exemple, dans le domaine du droit de la concurrence, le *Tribunal des conflits* a jugé, contrairement à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, que la décision de résilier un contrat de gestion ou

Du binôme organisation et service public, il résulte non pas tant une délégation de fonctions du secteur public au secteur privé, mais le pouvoir discrétionnaire et souverain de l'administration publique de choisir le contractant le plus approprié pour l'assister dans la gestion du service, sans nécessité de mise en concurrence préalable¹³⁴. En outre, c'est cette même prérogative organisationnelle du service public qui permet le régime administratif, ce qui signifie, entre autres, que l'administration peut modifier unilatéralement certaines clauses des concessions de service public¹³⁵.

Le pouvoir discrétionnaire est détenu par l'administration précisément en raison des pouvoirs organisationnels exorbitants qu'elle possède¹³⁶ et s'exprime dans l'*intuitus personae* (c'est-à-dire la considération de la personne), qui devient une "règle de droit concernant (surtout) les concessions de service public"¹³⁷, et qui ne sera appliquée que plus tard également aux concessions déterminées comme telles *ex lege*¹³⁸ comme principe général¹³⁹.

Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration est très étendu, l'organisation du service public représentant le fondement et la limite de l'*intuitu personae*¹⁴⁰, dont la base juridique, bien qu'implicite, est convenue par la doctrine et la jurisprudence, à tel point

de service de distribution d'eau et d'attribuer à la Société Lyonnaise des Eaux l'affermage de ce service, relève de l'activité d'organisation d'un service public. T.C. 6 juin 1989, préfet de Paris c. Cour d'appel de Paris, in Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, octobre 1989, p. 316-317.

¹³⁴ A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, tome II, n° 521, LGDJ, 195 ; C. DEBBASCH, *Le droit administratif à l'évolution de l'administration française*, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, 1974, pp. 343-354.

¹³⁵ L'existence de ce pouvoir unilatéral de modification a donné lieu à une vive controverse au sein de la doctrine, qui s'est divisée sur la portée à donner au célèbre arrêt du 11 mars 1910, "Compagnie générale des tramways de Marseille" et aux non moins célèbres conclusions du commissaire du gouvernement Blum fin GAJA. od. cit. d. 961.

¹³⁶ Ainsi P. G. Van de VYVER ; *Le service public local, guide pratique de gestion*, éd. Sorman, 1989, p. 64.

¹³⁷ Ainsi l'arrêt Flesch, CE, 3 mai 1974, voir *ci-dessous*.

¹³⁸ Cependant, dans la dernière édition de leur traité, A. de LAUBADÈRE, J-C. VENICE- Y. GAUDEMET réduit l'application du principe aux seules concessions de service public : " l'importance de son objet fait de la concession de service public un acte dominé par l'intuitus personae ", *Traité de droit administratif*, tome I, dixième édition, 1988, p. 683, n° 1137, LGDJ.

¹³⁹ Ainsi rapporte la Revue de droit public, 1986, p. 860, n° 2-1-1, selon laquelle aucune disposition ne restreint la liberté de l'administration d'attribuer le service à la personne de son choix, puisqu'elle n'est pas liée par le droit des contrats.

¹⁴⁰ Voir à ce sujet T. ALIBERT, " *L'intuitu personae dans la concession de service public : un principe en mutation ?* ", in Revue administrative, no 258 (nov. 1990), p. 507-512.

que la limite, qui consiste à devoir choisir le contractant le plus à même d'assurer le service, n'est soumise qu'au contrôle restreint (*restraint*) du juge.

Pour preuve de l'indissociabilité entre l'*intuitus personae* et l'organisation du service public, dans l'arrêt Sieurs Beau et Lagarde¹⁴¹, la spécificité de la concession de service public s'oppose à l'application des règles générales des marchés publics et il en résulte que la collectivité publique n'est nullement obligée, lors du choix de son concessionnaire, de respecter les règles de concurrence des marchés publics.

Par la suite, dans l'arrêt Sieur Flesch¹⁴², la Cour, après avoir qualifié l'*intuitu personae* de " règle de droit relative aux concessions de service public ", a précisé que " une concession de service public n'est pas soumise aux formalités d'attribution ou d'enchères préalables "¹⁴³. Par ailleurs, le même contrat qui délègue la gestion d'un service public constitue un acte d'organisation dont la compétence appartient au juge administratif¹⁴⁴, tandis que la possibilité de confier, malgré son caractère administratif, l'exécution d'un service public à des personnes privées n'est envisagée " qu'à condition que ce service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par les collectivités locales elles-mêmes "¹⁴⁵.

En substance, jusque dans les années 1980, l'*intuitus personae* autorisait l'autorité organisatrice, en vertu de ses pouvoirs exorbitants d'organisation, à choisir sans mise

¹⁴¹ Voir CE, 10 avril 1970, Rec. Leb. p. 243, l'importance de ce principe est significativement soulignée : " Attendu (...) que ladite convention ne constituait pas un marché mais une concession de travaux et de services publics dont la ville pouvait librement choisir le titulaire sans être liée par les règles fixées par le décret du 28 juillet 1960 relatif aux seuls marchés (...) qu'aucune autre disposition législative ou réglementaire ne faisait obstacle au libre exercice du droit reconnu à la ville ".

¹⁴² Voir CE du 3 mai 1974, recueil Lebon, p. 259 Sur la question de la cessibilité du monopole des pompes funèbres, il y a déjà eu un débat jurisprudentiel au XIXe siècle : la Cour de cassation a donné une réponse négative, tandis que le Conseil d'État y était plutôt favorable. Appelée à se prononcer, la haute juridiction administrative a confirmé sa position en prenant expressément en considération, dans son arrêt sur M. Flesch du 3 mai 1974, "le cas où les usines et les consortiums ont cédé leur monopole à la commune".

¹⁴³ *Ibid*, pt. 32. A ce sujet la jurisprudence est constante : voir CE assemblé, 16 avril 1986, Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Revue de droit public, 1986, p. 847, conclusions d'Olivier DutheHiet de Lamothe, qui prévoit d'ailleurs l'application de l'article 79 de la loi du 29 juillet 1982.

¹⁴⁴ Cf. TC 6 juin 1989, Préfet de Paris C/Cour d'Appel de Paris, Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 1989, p. 316, la Cour des conflits a considéré que la décision de résilier un contrat de concession pour la gestion du service de l'eau et de l'attribuer à la Société de Lyon était un organisme de service public et n'affectait pas la compétence de la Cour d'appel de Paris, puisqu'elle ne concernait pas les questions de concurrence.

¹⁴⁵ Ainsi l'avis du 7 octobre 1986, contenu dans la circulaire du 7 août 1987 du ministère de l'Intérieur, publié dans le Moniteur des travaux publics du 15 janvier 1988, supplément "Textes officiels", p. 32.

en concurrence préalable des opérateurs¹⁴⁶. Comme on le verra dans les chapitres suivants, cette prérogative se maintient dans le temps en ce qui concerne la concession des services publics locaux, tandis qu'au niveau national, dans les années qui suivent immédiatement l'intervention du droit européen, le principe du libre choix du contractant, malgré son importance, sera remis en cause par le principe de la libre concurrence et fera l'objet d'une importante transformation prétorienne, à laquelle succédera, comme on le sait, une transformation normative.

¹⁴⁶ Ainsi P. G. VAN DER VIVIER, *Le service public local, guide pratique de gestion*, Sorman, 1989, p. 64.

II.

La concession de service public dans le système juridique italien

1. L'ORIGINE DE LA CONCESSION DANS LE PROCESSUS DE CONSTRUCTION DU DROIT ADMINISTRATIF

La question de l'identité juridique des relations de concession est étroitement liée aux événements juridiques et historiques qui ont vu l'affirmation de la nature particulière du droit administratif par rapport au droit commun¹⁴⁷.

L'institution concessionnaire, en effet, ne trouve une qualification administrative particulière qu'à l'époque moderne, lorsque des fonctions matériellement administratives, connues depuis l'antiquité, viennent à être légalisées¹⁴⁸.

Des preuves écrites de concessions ont été trouvées dès l'époque de la Rome antique : Frontinus relate des concessions d'eau au profit de citoyens privés et ses écrits font référence à des questions anciennes, mais d'une grande actualité : la *concessio* s'éteignait en cas d'inexécution et les questions posées aux préteurs concernaient, entre autres, la durée de ce privilège d'accès et de gestion de l'eau publique, entre les mains de certains citoyens privés¹⁴⁹.

¹⁴⁷ M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Studi Sassaesi, Serie II - Vol. XVIII, Fasc. II-III, Sassari.

¹⁴⁸ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza, 2001. Pour une reconstruction systématique de la science juridique italienne depuis l'unification de l'Italie jusqu'à la première moitié du XXe siècle, voir P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milan, Giuffrè, 2000.

¹⁴⁹ FRONTINUS, *De aq.* 94.3-5, rapporte qu'ayant à fournir de l'eau publique aux propriétés de particuliers à Rome et dans ses environs, le Sénat a décidé de considérer comme valable l'attribution de l'eau, en termes de privilège d'accès à l'eau, accordée moyennant paiement.

Au temps des Républiques maritimes, le terme "concession" désignait l'acte par lequel une autorité publique permettait l'exercice exclusif d'une activité "réservée"¹⁵⁰.

Il ressort donc déjà de ces expériences que la concession se caractérise non seulement par le fait qu'elle attribue à un sujet, généralement privé, certaines facultés d'intérêt public, mais aussi par la création d'une exclusivité économique entre les mains d'un particulier¹⁵¹.

Plus tard, à l'époque des États "italiens", entre le XIV^e et le XV^e siècle, les concessions acquièrent également une connotation politique, contribuant à une légitimation plus forte de l'autorité de l'État¹⁵² : afin de coordonner un ordre territorial divisé en de nombreuses forces particulières, l'autorité de l'État accorde des concessions à ceux qui reconnaissent son autorité¹⁵³. Dans cette période historique de centralisation et d'uniformisation, la concession, plutôt qu'une délégation de prérogatives publiques, était donc un "compromis" pour exercer, en synergie avec les seigneuries, une autorité étatique-régionale de la part des nouveaux États¹⁵⁴.

Avec l'unification de l'Italie, la concession est devenue un instrument fondamental pour impliquer de manière permanente les concessionnaires qui avaient déjà contribué au développement entrepreneurial des "États régionaux". Le nouvel État, en considérant les relations de concession comme irrécupérables, c'est-à-dire révocables uniquement moyennant une compensation appropriée, est ainsi venu offrir une protection adéquate

¹⁵⁰ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Naples, 1981 donne comme exemple les mesures par lesquelles les Républiques ont permis le commerce avec l'Afrique.

¹⁵¹ M. D'ALBERTI, *op. cit.* p. 5.

¹⁵² Sur le rôle accessoire des concessions dans l'émergence des caractéristiques de l'État moderne à l'époque de la Renaissance, voir F. CHABOD, *L'Italia contemporanea. Lectures à la Sorbonne*, Turin, 1964, selon lequel les États ont acquis, par le biais de concessions impériales, "des bases solides de légitimité, leur permettant d'étayer leur autorité chancelante de manière plus homogène sur des territoires très différents".

¹⁵³ Sur ce point. G. CHITTOLINI, *Città, comunità e fidi negli stati dell'Italia centro-settentrionale, secoli XIV-XVI*, Milano, 1996 : l'autorité de l'État avait été large en concessions envers ceux qui reconnaissent sa souveraineté, en faisant des pactes avec des noyaux de pouvoir préexistants".

¹⁵⁴ Dans ce sens, nous parlons du "dualisme prince-céti", W. Näf, dans Ritelli Schiera, 1971, jamais entièrement dépassé, la base du rapport vertueux entre l'État et le citoyen privé dans les activités économiques-entrepreneuriales. Au cours de cette période, les formes de concessions les plus fréquentes sont l'octroi de privilèges par les souverains, l'octroi de titres honorifiques, d'ordres chevaleresques, l'exemption de taxes, dont l'héritage se retrouve dans l'octroi d'honneurs, une coutume qui n'a pas été abandonnée, et les concessions non économiques, comme la reconnaissance de la subjectivité en droit international.

aux intérêts économiques de ceux qui avaient été impliqués dans la période des États préunitaires¹⁵⁵.

C'est précisément dans cette perspective que la discipline privée garantit naturellement la certitude, la stabilité et l'équilibre économique nécessaires pour garantir les sujets qui contribuent à la réalisation d'activités indispensables au développement économique : la construction d'infrastructures, la prestation de services publics essentiels, le fonctionnement d'industries qui utilisent des ressources publiques. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, cependant, la concession en tant que relation juridique spécifique a été pratiquement ignorée : non pas tant au niveau législatif, qui, bien que de manière désordonnée, traitait de certaines relations de concession, mais surtout du point de vue de l'élaboration théorique et de la recherche scientifique¹⁵⁶. La jurisprudence elle-même, à cette époque, se réfère à la notion de concession sans en présumer une définition conceptuelle¹⁵⁷. En effet, une théorie des concessions aurait été mal conciliée avec les principes libéraux et le contexte culturel et idéologique des débuts de l'État unitaire¹⁵⁸.

L'instrument de concession portait en lui le préjudice des instruments passés par lesquels les autorités publiques avaient l'habitude d'accorder des *privileges* à certains citoyens au détriment de la communauté¹⁵⁹.

Dans le nouveau contexte de l'unification de l'Italie, la contribution des grands concessionnaires privés, appelés de toute façon à ne pas contribuer à la croissance économique et au développement, a été fondamentale pour favoriser la relance des infrastructures du pays. Les finances publiques, en grave crise de liquidités après l'intervention étrangère et les nombreux privilèges accordés, ne suffisaient pas à elles seules à financer les grands travaux nécessaires au nouvel État¹⁶⁰. Ainsi, c'est précisément par le biais de relations de concession que la réalisation des travaux publics a été assurée : la loi-cadre sur les travaux publics de 1865 établit que l'installation et

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Ainsi S. CASSESE, *Fare l'Italia, costruirla poi, Le continuità dello Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011, p. 305.

¹⁵⁷ Ainsi M. D'ALBERTI, op. cit. p. 18.

¹⁵⁸ Cf. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, 2008, op. cit. p. 7.

¹⁵⁹ Voir C. SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, Modène, 1884-1889 1921, p. 498 et suivantes.

¹⁶⁰ Voir, G. NAPOLITANO, op. cit. 2011, p. 97.

l'exploitation des chemins de fer ne peuvent faire l'objet que de concessions à l'industrie privée¹⁶¹. La loi d'application ultérieure a également accordé à des personnes privées la concession de chemins de fer publics, en partant du principe que les entreprises privées pourraient mieux assurer la construction et l'exploitation de ces routes¹⁶².

Parmi les principales relations attribuées par la jurisprudence aux concessions figurent également celles qui prennent la forme d'une utilisation privée de biens publics de l'État, voire de biens patrimoniaux, c'est-à-dire des événements qui se répètent depuis le XVII^e siècle en France sous le nom de *concessions de travaux publics*¹⁶³.

Dans ce contexte, la science du droit public - principalement pour des raisons culturelles¹⁶⁴ - reconstruit de nombreuses relations entre les autorités publiques et les sujets privés dans une clé de négociation¹⁶⁵. Comme la construction d'une spécialité administrative n'est pas encore réalisée, ou en tout cas qu'elle prend des traits complètement différents du système français¹⁶⁶, le droit commun couvre une grande partie de l'administration¹⁶⁷.

Dans le respect de l'ordre des pouvoirs et des compétences établi par la loi, et en l'absence d'interdictions ou de limites explicites, la pratique de la négociation est encore renforcée¹⁶⁸.

Les concessions de services publics n'ont pas encore une pertinence autonome par rapport aux autres concessions : un concessionnaire de biens ou de travaux publics peut gérer, au moyen d'une concession, une activité productive à finalité sociale ; dans ce cas, la réglementation du service est flanquée de celle concernant l'utilisation du bien ou la réalisation de l'ouvrage, qui revêt parfois une importance primordiale.

¹⁶¹ Ainsi A. SANDULLI, 1967, op. ult. cit. Sur les dispositions plus anciennes art. 242-300 loi n° 2248 annexe F du 20 mars 1865 sur les travaux publics voir BONTEMPO.

¹⁶² Ainsi CIMBALI, 1914 pp. 561 et suivantes ; A. MOLITERNI, *Soggetti privati in veste pubblica*, op. cit.

¹⁶³ On se reportera à cet effet au chapitre et à la définition française de A. le RAT DE MAGNITOT, *Dictionnaire de droit public et administratif*, I, entrée concession, Paris, 1841.

¹⁶⁴ A. SANDULLI, *Construire l'État. La science du droit administratif en Italie*, 2009, 7 et seq.

¹⁶⁵ Voir B. SORDI, *Justice et administration dans l'Italie libérale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, 1985, pp. 485 ff.

¹⁶⁶ Encore M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 125.

¹⁶⁷ Ainsi L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Rome-Bari, 2001, p. 348.

¹⁶⁸ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto : universi e categorie ottocenteschi a confronto*, Dir. amm., fasc.4, 1995, p. 483.

Quant au régime, les relations de concession ne sont pas soumises à un régime spécial, mais sont régies par le droit privé.

De nombreuses relations de concession sont qualifiées de contrats¹⁶⁹, et c'est également le cas des figures particulières dont l'objet de la concession est l'exercice de compétences étroitement liées à la souveraineté et à l'organisation des services, comme la perception des impôts¹⁷⁰.

La structure contractuelle entraîne l'applicabilité étendue des règles et principes du droit civil en matière d'obligations et de contrats et la compétence des tribunaux ordinaires. Parfois, les reconstructions sont totalement privées et l'ensemble de la relation est constitué et articulé exclusivement par des actes de droit commun¹⁷¹ ; dans d'autres cas, la qualification reste contractuelle, mais certains traits publicistes pénètrent, qui ne sont toutefois pas de nature à altérer la nature contractuelle, et la relation reste fondée sur les principes du droit civil¹⁷².

D'autre part, une telle perspective n'était certainement pas entravée par l'aménagement particulier qui, à la lumière des principes d'inspiration libérale, caractérisait le système de protection judiciaire contre l'administration publique¹⁷³ : avec l'abolition, en 1865, du système de contentieux administratif¹⁷⁴ pour garantir la sécurité du droit par l'unité

¹⁶⁹ C'est le cas des conventions ferroviaires, des concessions onéreuses des eaux publiques, de l'utilisation des mines, de la culture du tabac, des services d'éclairage public et privé, de la construction et de l'exploitation des tramways, des subventions, des exonérations fiscales ; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in Enc. giur. Treccani, 1988, VII, *ad vocem*, p. 2.

¹⁷⁰ La gabellière apparaît, en effet, comme une figure hybride entre agent public et agent libre à part entière. La figure est commune aux systèmes juridiques italien et français et a disparu jusqu'à son abolition, ainsi J. C. L. Simonde de Sismondi.

¹⁷¹ Dans les concessions ferroviaires, le rachat est également vu dans cette clé, étant construit comme un contrat de vente des actifs de la société pour une contrepartie donnée, M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, *op. cit.*

¹⁷² M. D'ALBERTI, *op. cit.*

¹⁷³ Sur ce point M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Studi Sassaesi, Serie II - Vol. XVIII, Fasc. II-III, Sassari, p. 102 ; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, Milano, 1987, vol. II, la technique juridictionnelle est centrale pour expliquer la fonction d'autorité (par exemple, le juge de la route appelé à opérer dans l'État lombard jusqu'au XVIIIe siècle en cas de non-respect de la garde du domaine routier). En droit public allemand, O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1892, vol. I, définit l'état juridictionnel.

¹⁷⁴ Ainsi P. AIMO, *Le origini della giustizia*, cit. p. 19, selon lequel juger dans le contentieux administratif, c'est encore " administrer ". M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, Studi Sassaesi, Serie II - Vol. XVIII, Fasc. II-III, Sassari, p. 102.

de juridiction¹⁷⁵, l'État est ordinairement soumis, dans la sphère des relations qui ne sont pas reconstruites dans une clé autoritaire, à la juridiction du juge ordinaire et du droit privé¹⁷⁶. La législation qui avait donné lieu à la séparation de la juridiction ordinaire et de la juridiction administrative, au moment même où elle assurait la protection du citoyen devant le juge ordinaire pour " toutes les matières dans lesquelles un droit civil ou politique est en jeu, quelle que soit l'administration publique concernée " (art. 2), sanctionnait dans tous les autres cas (" matières non comprises dans l'article précédent ") la soustraction totale de la sphère de l'administration dite pure à tout contrôle judiciaire (art. 3), créant ainsi une zone " libre " d'administration¹⁷⁷.

Bien que dans un contexte qui n'a pas conduit à une réelle extension de la juridiction ordinaire à l'ensemble des relations administratives concernant les droits politiques et civils, la Cour de cassation a continué à appliquer le droit civil à la matière contractuelle administrative, cœur du contentieux " public ".

La concession est, dans ce contexte, un contrat constitutif de droits subjectifs complets entre les mains du concessionnaire, soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires, bien que des actes administratifs puissent également affecter le rapport, qui sont toutefois considérés comme non dégradants ; la révocation pour cause d'intérêt public oblige à verser une indemnité à la personne privée¹⁷⁸.

En confirmation de cela, surtout dans les années 1880, tant les juges de fond ordinaires que la Cour suprême avaient l'habitude d'appliquer les principes et les catégories du droit civil aux événements concernant les relations de concession¹⁷⁹ : par exemple, les rachats de concessions ferroviaires étaient traités comme des achats et des ventes, et les règles sur les obligations et les contrats s'appliquaient aux concessions publiques

¹⁷⁵ Selon L. MEUCCI, *op. cit.* le système administratif " méconnaît le droit de l'égalité de la personne publique avec la personne privée dans le domaine du droit ". Le choix abolitionniste représentait avant tout une solution organisationnelle au conflit entre le citoyen et l'administration, entre la liberté du premier et le pouvoir du second.

¹⁷⁶ Voir A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in Dig. disc. pubbl., I, Turin, 1989, p. 532.

¹⁷⁷ Le rapport de Crispi au projet de loi, en effet, indique clairement que " la loi du 20 mars 1865, All. E, a proclamé l'unité de juridiction, mais ayant remplacé le contentieux administratif qu'elle a aboli, l'immense somme des intérêts dont l'État est dépositaire est restée abandonnée au pouvoir administratif ".

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.* p. 22 et s. ; B. TONOLETTI, *op. cit. ult.*, 2008, p. 316.

d'eau. En l'absence d'une notion définie de concession de service public, le profil de droit civil de la jouissance du bien sur lequel l'activité commerciale devait être exercée a été mis en avant, sur la base du schéma de la *locatio rei*¹⁸⁰.

C'est également le cas lorsqu'un lien commence à être établi entre la disposition des concessions, les activités publiques et l'adoption d'actes administratifs unilatéraux ; tandis que les administrations publiques et, en particulier, les municipalités, continuent à utiliser la pratique établie, considérant qu'il suffit d'approuver ce qui a déjà été contracté¹⁸¹.

Dans les premières années du vingtième siècle, les interventions du législateur se sont intensifiées, mais en règle générale, les règles ne contenaient pas de qualifications précises ni, en tout cas, de déterminations spécifiques quant à la structure des actes constituant les relations de concession.

2. LA CONCESSION COMME ACTE ADMINISTRATIF

A partir des années 1880, s'ouvre le chemin qui mènera à la construction du droit administratif et à la publicisation de toutes les relations administratives, y compris les relations de négociation¹⁸², avec pour conséquence un éloignement du droit civil¹⁸³.

Au cours de cette période, les qualifications juridiques mêmes des principales relations entre les administrations et leurs interlocuteurs ont changé.

La jurisprudence regarde d'abord avec prudence la publicisation doctrinale, mais, bien qu'avec des différences et des fluctuations, elle s'y conforme bientôt¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Ainsi A. MOLITERNI, *Sujets privés sous apparence publique : genèse, transformations et perspectives des relations concessionnaires*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, 2016.

¹⁸¹ M. D'ALBERTI, *Concessions administratives*, op. cit. ; pour l'évolution de la législation sur les biens de l'Etat assimilée à celle des concessions de services, voir le chapitre deux.

¹⁸² Ainsi S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit. et le prologue de Palerme de V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Archivio Giuridico*, 1889, maintenant dans *id. Droit public général. Scritti vari. coordinati in sistema*, Milan, 1940.

¹⁸³ Voir "Publicisation" dans M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. dans lequel est souligné le caractère central du rôle de la science juridique et des médecins dans la construction du droit administratif. S. CASSESE, *Culture et politique*, cité, souligne comment le changement de la science juridique en ce qui concerne les institutions est également dû à la "composante romantique réactionnaire qui l'emporte sur la composante modérée et libérale du XIXe siècle".

¹⁸⁴ Sur ce point, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale et droit privé*, op. cit.

Ce changement progressif se traduit par un certain nombre de tendances : le rejet ou en tout cas l'atténuation du code civil dans la réglementation des affaires administratives, (qui suit d'une vingtaine d'années l'expérience française) ; le lancement d'une théorie des actes administratifs et le recul des qualifications contractuelles ; l'extension du pouvoir discrétionnaire de l'administration et la domination juridictionnelle du juge administratif¹⁸⁵.

La nouvelle attitude de la science juridique-publiciste italienne, dirigée par Vittorio Emanuele Orlando, peut être rattachée à la nécessité de parvenir à l'édification d'un système de principes et de règles de droit public qui puisse garantir l'édification et le renforcement de l'État¹⁸⁶. Mais bien sûr, l'institution de la quatrième section du Conseil d'État, compétente pour les cas où le litige ne porte pas sur un droit civil ou politique, qui assure les conditions d'extension des principes et règles spéciaux aux relations administratives multiples¹⁸⁷, et dont les décisions se voient reconnaître l'efficacité d'un jugement et la fonction juridictionnelle de l'organe qui serait appelé à combler le vide de protection laissé par la loi supprimant le contentieux administratif, prend également du poids.

Comme on le sait, ce processus de fondation du droit administratif est motivé non seulement par des raisons juridiques, mais aussi par des raisons idéologiques visant à renforcer le rôle et l'espace de l'État¹⁸⁸.

Ainsi, un système administratif avec des principes et des règles spécifiques a commencé à se développer ; la notion d'acte administratif et le paradigme de l'exercice

¹⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Concession administrative*, op. cit.

¹⁸⁶ Ainsi S. CASSESE, *Culture et politique*, op. cit. , p. 15. L'école italienne de droit public, dans le sillage du droit allemand, revendiquait une autonomie scientifique et méthodologique du droit administratif par rapport aux catégories et instituts de droit civil, V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Florence, 1891. Sur ce point, voir A. MOLITERNI, *Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo*, *Studi di diritto pubblico*, 2020, pp. 141-168.

¹⁸⁷ Il s'agit de l. 31 mars 1889, n° 5992, All. E. Sur ce point O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenze della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, p. 71 selon lequel l'intérêt légitime ne peut être séparé de l'intérêt public. Sur l'évolution du critère de distribution A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 10e édition, Turin, 2013, p. 115 et suivantes.

¹⁸⁸ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 144.

de la puissance publique sont nés et se sont affirmés, et son opposition à la transaction juridique a commencé à être étudiée¹⁸⁹.

Le contexte politique dans lequel s'inscrit cette transformation juridique est celui du droit historique, de la nouvelle primauté de l'État sur le processus de relance économique et infrastructurelle du pays¹⁹⁰, dans lequel les particuliers, autrefois appelés à collaborer, ont assumé un rôle plus limité.

Cela se traduit tout d'abord par une série de législations sectorielles qui renforcent le pouvoir concessionnaire des autorités publiques¹⁹¹ ; à l'époque de Giolitti, la loi sur la municipalisation de 1903 conditionne la possibilité pour les particuliers de gérer des services publics à l'octroi d'une concession municipale¹⁹².

Les nouveaux besoins et les nouvelles demandes des classes sociales conduisent à un élargissement du rôle et des pouvoirs du public¹⁹³. Les instruments privés, en particulier le contrat, ne semblent pas adéquats pour garantir le bon exercice de la fonction administrative.

¹⁸⁹ Ainsi S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, op. cit. p. 48 : l'acte administratif se distingue de l'acte privé en ce qu'il est la manifestation d'une volonté supérieure. O. RANELLETTI, *Concept et nature des autorisations et des concessions administratives*, XLVI, 1894, IV, p. 7 commence à développer les différences entre acte et transaction administrative. Il en va autrement pour F. Cammeo qui, comme on le verra, lie l'acte administratif à la légalité de l'action administrative et à la légalisation du pouvoir. O. RANELLETTI, *Théorie générale des autorisations et des concessions administratives*, pt. I, Concept et nature des autorisations et concessions administratives, in *Giur. it.*, XLVI, 1894, IV, pp. 7-83 ; pt. II, Capacité et volonté dans les autorisations et concessions administratives, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, pp. 3-100, 315-372 ; pt. III, Facultés créées par des autorisations et des concessions administratives, *ibid.* XIX, 1895, pp. 3-107 ; *ibid.* XX, pp. 255-337 ; *ibid.* XXI, 1896, pp. 77-172, 350-379 ; *ibid.* XXII, 1896, pp. 177-277 (maintenant dans *Scritti giuridici scelti*, édité par E. Ferrari et B. Sordi, III, Naples, 1992, p. 35 et suivantes).

¹⁹⁰ Ainsi S. CASSESE, op. cit. p. 223. Voir A. MOLITERNI, *Soggetti privati in veste pubblica*, op. cit.

¹⁹¹ Voir l'art. 24 de la loi 7.4.1892 pour les concessions de réseaux téléphoniques et télégraphiques ; les art. 2 et 13 de la loi 20.8.1884 concernant les concessions de dérivation des eaux, où le pouvoir concessionnaire avait pour fonction de vérifier la compatibilité concrète de l'exploitation ; les lois pour les concessions de bonification des terres (loi 25.6.1882, art. 4 ; loi 6.7.1886, art. 2 ; loi 6.8.1893, art. 1).

¹⁹² 561 du 27 décembre 1896 obligatoirement attribué à des personnes privées) ou de facto (en raison des caractéristiques techniques du service déterminant l'unicité nécessaire du prestataire) par des concessionnaires privés en gestion directe par les communes ; l'identification d'une nouvelle forme juridique de gestion directe du service, l'"azienda organo" ; l'attribution au conseil municipal de la tâche de définir ce qui constitue un service public local s'il ne fait pas partie d'une liste non exhaustive de services publics locaux prévue par la même loi.

¹⁹³ Sur le sujet M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, op. cit.

Dans la doctrine juridique, la relation de concession est l'un des principaux protagonistes de cette évolution vers la publicisation de la plupart des relations entre les citoyens et l'administration¹⁹⁴.

Les concessions administratives en viennent à être reconstruites comme des actes administratifs¹⁹⁵ ; avec l'affirmation donc de l'acte administratif¹⁹⁶, et sur la conviction que l'intérêt public n'est mieux poursuivi que par l'administration et non par le particulier, se développent de nouvelles théories publicistes fondées sur la relation entre l'administration et les concessionnaires, compris comme les bénéficiaires du transfert de certains pouvoirs publics ou de leur exercice¹⁹⁷. Grâce à cette "délégation", les concessionnaires sont assimilés à un organe indirect de l'administration¹⁹⁸.

L'administration, en concédant, ne cesse de poursuivre un intérêt public et fait entrer le contrat dans l'orbite du droit public¹⁹⁹. Les références à la catégorie de transaction juridique disparaissent et les règles de droit public sont également appliquées à ces cas. Les nouvelles tendances publicistes touchent plusieurs domaines de l'action administrative : elles trouvent un développement dans la doctrine et de là, bien qu'avec des variations et des exceptions, pénètrent dans la jurisprudence²⁰⁰.

¹⁹⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. la publicisation qui a caractérisé la jurisprudence en matière de concessions domaniales, de concessions d'eau et en partie de chemins de fer. Voir G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Rome, 1931 ; ainsi M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padoue, 1936 ; C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Rome, 1939.

¹⁹⁵ Il s'inspire des reconstructions publicistes de la science juridique allemande et des travaux de Mantellini et V.E. Orlando. Selon Ranelletti, lorsque le but direct est le soin de l'intérêt public, l'administration " opère comme une autorité, selon les règles du droit public : tout cela révèle la qualité d'actes d'empire dans les actes de concession ".

¹⁹⁶ Voir la reconstruction par A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale et droit privé*, cit.

¹⁹⁷ A. SANDULLI *Science juridique*, cit. M. NIGRO, Conclusioni, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, ed. *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Bologna, vol. II, p. 966. Différemment, M. D'ALBERTI, *La concessione amministrativa*, p. 79, souligne comment, dans le cas de Giorgi, l'activité plus privée du corps n'est pas seulement égoïste, elle peut bien être instrumentale à des fins d'utilité publique.

¹⁹⁸ Ainsi B. SORDI, *Amministrazione publique, contrat*, op. cit. p. 505 et suivantes.

¹⁹⁹ G. GIORGI, op. cit. se réfère à Pecchio, Dufour, Laurent, Mantellini et raconte comment les concessions ne sont pas des contrats, mais des actes d'autorité, qui sont intrinsèquement précaires, non arbitraires, mais soumis à l'appréciation prudente de l'intérêt public.

²⁰⁰ Ainsi A. AMORTH, *Observations sur les limites*, op. cit. p. 551, même la manifestation de volonté qui prend forme dans un contrat n'est pas imputable à une manifestation contractuelle, mais " prend la couleur et la forme de l'acte administratif ".

La voie est ouverte par les écrits de Mantellini : les droits dérivant de la concession sont propres à l'État, *oui sujet noble*²⁰¹, et en général à l'administration publique concédante. La concession consisterait en un transfert de facultés de la personne publique à la personne privée ; en outre, en opérant un simple "déplacement d'obstacle", elle opère nécessairement comme un acte unilatéral²⁰².

Par la suite, c'est toute l'école juridique italienne²⁰³ qui soutient la formation d'un droit administratif national, grâce aussi aux références de l'école germanique²⁰⁴.

L'objectif de renforcer la position de l'État dans le domaine économique a été poursuivi essentiellement au niveau de la reconfiguration de la fonction et du régime de l'instrument concessionnaire. Vittorio Emanuele Orlando, a favorisé une systématisation des relations entre les pouvoirs publics et les sujets privés dans le cadre de concepts et de catégories juridiques clairement alternatifs aux catégories privées²⁰⁵. Dans ce contexte, la concession - qui était un instrument essentiellement contractuel et fonctionnel pour attirer les capitaux et les investissements privés - a fini par être utilisée pour répondre au besoin des pouvoirs publics de se conformer de manière plus incisive à la liberté d'entreprise, de limiter la concurrence et, surtout, de garantir un certain revenu dans les caisses publiques, en limitant également les bénéfices privés²⁰⁶.

C'est Oreste Ranelletti qui fournit l'élaboration la plus complète des relations de concession qui s'articule autour de l'attribution d'un "véritable nouveau droit" - au sens large - par l'administration à un particulier "sans que ce dernier en ait même le germe"²⁰⁷. En ce qui concerne leur nature juridique, l'auteur qualifie les concessions

²⁰¹ " La prose naïve de Mantellini poursuit ainsi M. D'ALBERTI, dans *Le concessioni amministrative*, op. cit. , p. 14.

²⁰² G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, op. cit. p. 487.

²⁰³ Il est fait référence à Orlando, Ranelletti, Miele, Gallo, Cammeo et Santi Romano.

²⁰⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. Le rapport d'Orlando sur le renforcement administratif d'un État nouvellement unifié qui a besoin d'instruments d'action faisant autorité pour affirmer pleinement sa souveraineté.

²⁰⁵ Ainsi P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milan, 2000, p. 28 concernant le "fondement orlandien" du droit administratif et M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in *La scienza del diritto pubblico*, p. 154.

²⁰⁶ Comme il ressort clairement du Rapport sur les avocats de l'État pour l'année 1880, édité par G. MANTELLINI, op. cit. p. 787, où le danger de l'utilisation de contrats et d'accords privés qui auraient renforcé la position des concessionnaires privés par rapport à l'État a été souligné.

²⁰⁷ O. RANELLETTI, *Concept et nature des autorisations et concessions administratives*, dans *Giur. it.* 1894, IV, 7 ; O. RANELLETTI, *Capacité et volonté dans les autorisations et concessions*

d'actes administratifs unilatéraux. Cela donne lieu à des conséquences qui bouleversent les implications pratiques attribuées aux précédentes thèses contractualistes-privatistes. Ranelletti établit un lien entre la présence d'un intérêt public à protéger et l'acte d'autorité²⁰⁸.

La figure du contrat recule au profit d'une théorie générale des actes des administrations publiques, qui trouve sa principale référence dans les autorisations et les concessions²⁰⁹. L'objectif ultime de l'auteur est de parvenir, par étapes, à une "généralisation complète" des actes administratifs, comme cela a été le cas en droit privé pour les "transactions juridiques"²¹⁰. L'activité *iure privatorum* de l'administration est au contraire limitée à l'acquisition de biens et de moyens pour l'exercice des pouvoirs publics²¹¹.

L'auteur exclut que les contrats relevant du nouveau droit administratif spécial puissent régler une relation entre le citoyen et l'administration²¹². Le principal obstacle est la nature juridique différente des parties concernées (État et citoyen). Même dans le

administratives, dans Riv. it. sc. giur. XVII, 1894, 3, 315 ; O. RANELLETTI, *Facultés créées par les autorisations et concessions administratives*, dans Riv. it. sc. giur. XIX, 1896, 177.

²⁰⁸ Ainsi O. RANELLETTI, *Théorie générale des autorisations et des concessions administratives*, op. cit.

²⁰⁹ Ce n'est pas pour rien que Ranelletti est le premier à la distinguer des autorisations (évaluation de la capacité à ne pas nuire) et de la concession (évaluation de la capacité à faire le bien).

²¹⁰ O. RANELLETTI, *Théorie générale des autorisations et des concessions administratives*, pt. I, Concept et Nature des Autorisations et Concessions Administratives, op. cit, p. 11. L'auteur ne cache pas sa volonté de proposer une distinction générale des actes administratifs sur la base de leur fonction, et dans cette perspective les concessions représentent les actes dans lesquels " l'État vient à lui [le citoyen] pour lui ouvrir " une nouvelle sphère d'utilité : " en d'autres termes, il y a un véritable droit nouveau, qui est conféré par l'État à l'individu privé, sans que celui-ci en ait même le germe " p. 29. Puisque cet acte s'adresse au particulier, " il ne peut être qu'unilatéral, car le particulier ne peut participer à l'édition d'un acte d'empire, puisqu'il n'a pas la capacité d'agir en tant qu'autorité " p. 79. Et, dans Id., *Facultés créées par autorisations et concessions administratives*, pt. III, op. cit. p. 256 et suivantes ; l'auteur souligne le lien inséparable entre l'intérêt public et l'autorité dans la phase constitutive et dans la phase de contrôle : " dans toutes les concessions, l'intérêt public a une influence nécessaire, puisqu'il s'agit d'actes d'empire, et donc l'autorité, en émettant l'acte relatif, a l'intérêt public comme but direct de son activité, dont elle se présente comme le conservateur ou comme conservateur et protecteur ensemble ", p. 256-257. C'est précisément cet intérêt public qui vient affecter et influencer à la fois "avant l'émission de l'acte de concession, c'est-à-dire jusqu'au moment de sa naissance", et "après ce moment, c'est-à-dire pendant la vie de la concession elle-même", p. 257.

²¹¹ S. A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, op. cit. , p. 38.

²¹² A ce sujet M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. l'idée de l'impossibilité des contrats de droit public entre l'Etat et les sujets constitue l'une des pierres angulaires de la pensée de Ranelletti.

domaine de la gestion du service public, cette possibilité est exclue car il n'y aurait pas de rencontre des deux volontés²¹³. L'entité publique ne peut pas assumer librement les obligations et les responsabilités découlant du contrat²¹⁴, compte tenu également de la nécessité de garantir la révocabilité de la relation. L'incompatibilité entre révocation et contrat en matière de concessions réifie l'essence non rétractable du contrat, malgré une pratique pleine de relations contractuelles concessionnaires soumises à la condition de révocabilité et une jurisprudence qui a pacifiquement admis l'incidence des actes d'extinction de l'imperium sur les relations purement contractuelles²¹⁵.

La thèse unilatérale de Ranelletti conduit à des résultats différents : la mesure administrative est un acte éminemment discrétionnaire, d'où découlent pour le particulier, sauf rares exceptions, des " facultés interpénétrées d'intérêt public " qui peuvent être définies comme des droits au sens large, mais protégées par la protection propre aux intérêts légitimes ; la compétence appartient au juge administratif ; le rapport peut être modifié et révoqué par des actes impératifs de l'administration concédante, sans obligation d'indemnisation, à l'exclusion des cas de mesures affectant les grandes concessions de travaux publics.

Selon Ranelletti, la concession " ne peut être qu'unilatérale, car le particulier ne peut participer à la mise en place d'un acte d'autorité, puisqu'il n'a pas la capacité d'agir en tant qu'autorité "²¹⁶. En revanche, si la concession a pour effet de faire naître un intérêt légitime²¹⁷, elle prend la forme d'une mesure discrétionnaire qui dispose concrètement de l'intérêt public et qui, pour cette raison, est toujours révocable : l'intérêt public, en effet, intervient aussi bien "avant la délivrance de l'acte de concession, c'est-à-dire jusqu'au moment de sa naissance", qu'"après ce moment, c'est-à-dire pendant la durée de la concession elle-même"²¹⁸.

²¹³ Ainsi U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, dirigé par V. E. Orlando, Milan, 1915, vol. II, p. 25.

²¹⁴ S. A. ROMANO, *op. cit.* p. 39.

²¹⁵ Voir A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuelle*, *op. cit.*

²¹⁶ O. RANELLETTI, *op. cit.* p. 79.

²¹⁷ Encore O. RANELLETTI, p. 29.

²¹⁸ *Ibid.*

Ces constructions ont longtemps permis d'affirmer dans notre système juridique la nature de l'acte de concession de service public en tant que mesure administrative²¹⁹.

Après Ranelletti, en effet, les thèses publicistes qui trouvent une première confirmation dans la reconstruction de Cammeo sont confirmées. L'auteur souligne la fonctionnalité de l'instrument de la concession pour conformer la liberté d'entreprise dans les secteurs des transports, de l'énergie, de l'électricité et du gaz : dans ces secteurs, en effet, - caractérisés par la présence de biens ou d'infrastructures limités - "la concurrence est non seulement impossible, mais aussi socialement nuisible" et le monopole apparaît nécessaire pour orienter l'activité privée vers les "besoins du service public"²²⁰. Ce faisant, en outre, l'État aurait pu se procurer un revenu qui, "grâce à l'élimination de la concurrence, peut présenter les caractéristiques d'une régularité et d'une certitude suffisantes" : c'est précisément pour cette raison que "les conséquences économiques du monopole peuvent être moins graves et sont moins odieuses et moins nuisibles, car le profit et le surprofit profitent à l'État et le montant du revenu soustrait aux consommateurs leur est restitué sous forme de services publics"²²¹. Cammeo exclut que l'administration puisse assumer, par la conclusion d'un contrat, des responsabilités et des obligations qui découlent de la loi, contrairement à ce qui se passe dans le système juridique français²²². L'intérêt public entrerait, en effet, en conflit avec les profils économiques qui caractérisent les relations contractuelles. L'administration fixe les règles de l'accord, tandis que la partie privée n'a plus qu'à les subir.

Selon les constructions publicistes, un contrat ou un accord ne serait pas configurable comme la rencontre des volontés de l'administration et de la partie privée, puisque les actes de négociation respectifs auraient une nature différente et inconciliable, d'autonomie contractuelle l'un et de pouvoir administratif l'autre. La source de la relation est donc exclusivement la mesure de concession elle-même, qualifiée d'acte de concession ayant des effets bilatéraux. Cette thèse provvedimentale implique une reconduction presque totale du rapport de concession à la sphère publique, en

²¹⁹ Ainsi F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, 173 ; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, édité par V. E. Orlando, vol. II, pt. III, 1935.

²²⁰ F. CAMMEO, *op. cit.* p 12.

²²¹ *Ibid.*

²²² Pour la suprématie de la loi sur le *contrat administratif*, veuillez-vous référer au premier chapitre, consacré à l'évolution de la science juridique dans le système juridique français.

reconnaissant à l'administration publique des pouvoirs autoritaires typiques de l'activité providentielle même pendant le cours du rapport de concession. Il s'ensuit que les concessions restent toujours révocables en raison du fait que "dès lors qu'il s'agit de protéger la propriété publique dans l'intérêt général, et que cette protection est l'une des missions régaliennes de l'État, l'exercice de celle-ci et l'investiture faite à une personne privée d'un droit d'usage exceptionnel, est une fonction de droit public, un acte unilatéral"²²³.

Une seule voix s'oppose à la majorité des lectures publicistes, celle d'Ugo Forti²²⁴. L'auteur, en utilisant la distinction entre les concessions de services publics et les concessions de travaux publics, dans lesquelles il n'y a pas toujours un problème de gestion du service, souligne précisément la possibilité pour l'administration de poursuivre un but public par le biais de formes de droit privé²²⁵. Forti souligne la structure nécessairement contractuelle qui caractériserait la première, précisément en raison de l'éventuelle implication de parties privées dans l'exécution de l'activité d'intérêt public. Il est possible de distinguer les situations de simple passivité de la part du citoyen, de celles de "négativité" qui impliquent une quiescence dont on ne peut sortir que par un acte dispositif de l'État²²⁶. Dans ce dernier, il est possible de circonscrire un espace pour une relation d'égalité. Au contraire, dans la relation de concession de services, la partie privée ne serait pas obligée d'assumer des obligations envers l'organisme public, mais devrait au contraire s'engager volontairement. En effet, "pourquoi l'autorité publique utiliserait-elle un instrument d'autorité alors qu'elle doit

²²³ F. CAMMEO, *op. cit.* p. 79.

²²⁴ Comme le souligne M. D. ALBERTI, *Le concessioni amministrative (Concessions administratives)*, *op. cit.* la théorie de Forti sur les concessions est restée très isolée dans le panorama doctrinal et jurisprudentiel du début du XXe siècle aussi parce qu'elle se basait sur une institution juridique, le contrat de droit public, sur lequel de nombreux profils perplexes sont restés dans le champ juridico-publicitaire, non seulement en Italie. Cass. 12 janvier 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248 au sujet des concessions de biens de l'Etat maritime à usage industriel.

²²⁵ Ainsi U. FORTI, *Nature des concessions administratives*, dans *Giur. it*, IV, 1900, p. 409. et p. 396 qui, se référant à Mantellini (G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, II, p. 506) et Giorgi (G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, p. 461), soutient que " les concessions de service public sont génériquement un accord de deux volontés, et en faisant abstraction de ce qu'il y a d'élément public en elles, elles présentent la physionomie juridique d'une forme contractuelle " : sauf qu'il précise ensuite qu'il s'agirait d'un instrument contractuel de droit public, p. 398.

²²⁶ A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto*, in *Persona e amministrazione*, 2020.

essentiellement procurer un avantage à une partie privée ? N'est-ce pas une absurdité ?"²²⁷.

3. LE CONTRAT DE CONCESSION DANS LA JURISPRUDENCE DU DEBUT DU 20E SIECLE

La nouvelle systématisation théorique des concessions s'est aussi immédiatement reflétée dans la jurisprudence, où ont commencé à se répandre des orientations qui limitaient l'application des principes du droit civil aux relations de concession et limitaient l'extension même de la juridiction civile, reconnaissant un large espace pour l'attribution de pouvoirs et de facultés spéciales (révocations et modifications sans compensation), à exercer même en l'absence d'une disposition expresse de la loi ou du contrat, et auxquels correspondaient des positions d'intérêt légitime entre les mains des concessionnaires privés²²⁸.

Cependant, l'approche théorique providentielle et autoritaire adoptée par la doctrine et la jurisprudence se heurte à la réalité car, d'une part, elle est mal conciliée avec la nécessité de favoriser le développement des activités entrepreneuriales dans les secteurs d'utilité publique - en particulier dans le secteur des services - et, d'autre part, elle n'apparaît pas convaincante au regard du rôle concret que continuent de jouer, dans la pratique, la rencontre des volontés et la négociation entre l'administration et les parties privées lors de la définition de la relation de concession²²⁹.

Les effets pratiques des constructions doctrinales publicistes unilatérales, transposées par la jurisprudence, ont constitué un ensemble de règles peu aptes à garantir la sécurité et l'équilibre du contrat, même pour les contractants de l'administration²³⁰. Les

²²⁷ Sur le sujet M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, op. cit.

²²⁸ Ainsi, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 147. Sur la concession des chemins de fer en tant qu'acte d'imperio qui n'oblige pas contractuellement l'administration : Cass. Rome, 17.5.1898 ; Cass. Rome, 10.6.1904 ; Cons. St., sez. IV, 8.7.1904. Cela était plus évident lorsqu'il s'agissait de biens de l'État, comme dans le cas des concessions publiques d'eau, pour lesquelles le juge ordinaire était totalement évincé, même en ce qui concerne les aspects patrimoniaux.

²²⁹ Cette reconstruction en A. MOLITERNI, *Activité consensuelle et droit privé*, Naples, 2016.

²³⁰ Dans les années 30, le Conseil d'État a affirmé que dans les relations avec les entrepreneurs, l'équilibre et la sécurité des contrats comptent bien plus que les sanctions rigides et les pouvoirs administratifs unilatéraux, qui représentent un modèle qui a souvent causé plus de tort que de bien à la partie publique. Le juge ordinaire est tenu de respecter la diligence élémentaire ou "prudence

exigences du décollage industriel nécessitaient une large sensibilité aux intérêts des entrepreneurs et des entreprises qui entraient en relation avec les administrations publiques. Dans ces secteurs, la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration et le recours à des régimes juridiques égaux étaient nécessaires, de manière à favoriser la collaboration indispensable à la conduite d'activités essentielles telles que la gestion des services publics²³¹.

Dans la pratique administrative, la figure du contrat et de l'accord entre l'administration et le particulier²³² continue d'avoir un poids important. Le contrat avec l'administration, et avec lui la convention, sont mis en avant par les préteurs et dans la pratique, afin d'assurer des garanties suffisantes aux entreprises privées, pour qu'elles ne courent pas le risque de perdre leur contribution dans l'exercice d'activités d'intérêt public²³³.

La concession continue à se développer dans la pratique sans qu'une loi générale soit promulguée, mais elle est soutenue par une abondante législation sectorielle : par exemple, elle est largement utilisée dans un certain nombre de concessions de services relatives aux transports aériens et maritimes réguliers²³⁴.

La jurisprudence semble plus soucieuse de protéger l'équilibre de la relation obligatoire et, en particulier, la position du concessionnaire privé²³⁵.

Les déclarations des juges contiennent des motivations et des raisonnements ouvertement économiques, soulignant l'incompatibilité de certaines constructions

commune", même s'il ne se réfère pas aux normes du code civil, il est clair qu'il se réfère aux canons du droit commun, qui s'appliquent à "quiconque opère dans le monde extérieur" (affaires Del Prati, Cass. 19 juin 1936 ; Congregazione di carità di Viareggio, Cass., 8 mars 1937). À cette époque, d'un point de vue philosophico-sociologique, Max Weber a théorisé la manière dont un appareil bureaucratique professionnel, conforme aux règles de l'État, devait fonctionner comme une machine prévisible permettant le calcul économique des entreprises.

²³¹ La loi n° 1137 du 24 juin 1929 est intervenue. Une doctrine (Bontempo) considère que la législation est déficiente en ce qui concerne les profils pertinents tels que le choix du concessionnaire.

²³² Ainsi M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 89.

²³³ À la fin des années 1930, M. S. Giannini construit le pouvoir discrétionnaire administratif comme la comparaison qualitative et comparative de multiples intérêts publics et privés, dans laquelle le "jugement prudent" doit agir comme une limite abstraite non seulement de l'intérêt public, mais aussi de l'intérêt des particuliers.

²³⁴ En ce qui concerne le transport aérien, voir l'arrêté royal n° 3176 du 18 octobre 1923, converti en loi n° 753 du 31 janvier 1926, et les articles et suivants du Code de la navigation.

²³⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 190.

juridiques avec la dynamique de "l'économie moderne" et avec les intérêts publics eux-mêmes²³⁶.

Cette approche ressort surtout de la jurisprudence du Tribunal Suprême de Rome qui, contribuant au nouveau besoin de stabilité et de certitude dans les relations²³⁷, développe la thèse de la "concession-contrat".²³⁸

La doctrine de la première moitié du siècle avait traité les contrats actifs et passifs de l'administration et les contrats publics comme une figure mineure par rapport à l'acte administratif²³⁹. Le développement de la figure du "contrat de concession" a permis de décomposer l'affaire des concessions en deux "moments" juridiques distincts, l'un public, l'autre négocié. Statuant sur un litige concernant la concession d'une zone maritime domaniale à usage industriel, la Cour de cassation a déclaré que la concession doit être considérée à "deux moments juridiques" : un "acte de souveraineté" et une "stipulation contractuelle véritable et régulière", pour la réglementation des profils

²³⁶ Cass. Roma, 27 septembre 1915, in Foro.it., 1915, I, 1379 ; Cass., 20 février 1925, in Foro, it., 1925, I, 591.

²³⁷ Cass. Rome, 12 janvier 1910, in Riv. dir. comm., 1910, 248, selon lequel "les doctrines ne sont pas certaines et déterminées et encore moins d'accord dans la définition juridique de l'essence de ces concessions. Il semble plus conforme à leur notion de considérer l'acte de concession en deux moments juridiques. Dans un premier temps, on peut discerner la détermination de la volonté de l'État qui, soustrayant un espace ou une dépendance de l'État à l'usage public, le concède, pour une période plus ou moins longue, soit à l'usage d'une industrie maritime, soit à un usage industriel sans rapport avec les industries maritimes, à toute industrie privée ; c'est un acte de souveraineté étatique qui se concrétise dans la concession. Mais dans un second moment, l'administration de l'État, en réglant son acte de concession, entre dans des relations d'obligation avec le concessionnaire ; et entre l'un et l'autre, les conditions, les modalités, le prix sont établis, c'est-à-dire qu'une stipulation contractuelle réelle et appropriée est faite [...] Dans cette seconde hypothèse, certes, des violations contractuelles réelles peuvent avoir lieu et des actions ex contractu pour les réparer [...] Des obligations et des responsabilités, des droits et des devoirs légaux naissent, dont les violations peuvent donner lieu à des actions en justice ". À cette occasion, donc, le juge romain, traitant d'un cas de concession d'État, a identifié "l'acte de concession en deux moments juridiques" ; d'abord l'État "soustrait une zone à l'usage public", après quoi, "en réglementant son acte de concession, il entre dans des relations d'obligation avec le concessionnaire". Dans cette théorisation, le premier moment publiciste consiste en la prise en charge du bien dans la réserve publique, en le fonctionnalisant dans la poursuite d'intérêts publics. Il convient toutefois de noter qu'en ce qui concerne les concessions de services publics, il a également été affirmé que "le cas de concession existe indépendamment de l'existence d'une réserve exclusive en faveur de l'administration".

²³⁸ Pour une analyse historique de l'origine de la catégorie du contrat de concession en relation avec la réforme de Giolitti des sociétés municipalisées, qui avait déjà substantiellement désavoué les thèses unilatéralistes de la fin du XIXe siècle, voir M. D'ALBERTI, *Concessioni Amministrative*, in Enc. del Dir., Roma, vol. VII, 1988.

²³⁹ Ainsi M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo*, op. cit. p. 1306.

patrimoniaux. La Cour précise encore que " l'acceptation du concessionnaire, qui représente, à l'égard de l'acte administratif, la réalisation de la condition par laquelle il produit son effet, se combine avec le consentement des deux parties sur un règlement conventionnel de la concession par son mode de mise en œuvre et de développement ". Il s'agit d'une reconstruction à " double degré " qui permet de légitimer l'existence d'un " moment " contractuel de régulation patrimoniale de la relation, qui dans son ensemble fait autorité.

Compte tenu de l'indisponibilité de l'objet public à la négociation des parties, la mesure administrative aurait délégué ou transféré les pouvoirs publics, tandis que le contrat, qui y accède, n'aurait réglé que les aspects financiers de la relation ainsi établie. À ce deuxième moment, l'administration passe un contrat comme si elle était un contractant privé et "des obligations et des responsabilités, des droits et des devoirs légaux apparaissent, dont la violation peut donner lieu à une action en justice"²⁴⁰.

Il est ainsi confirmé que la concession naît sur la base d'une relation administrative unilatérale, mais en même temps un contrat de droit privé, accessoire à la mesure, se greffe sur celle-ci.

La nouvelle figure du "contrat de concession" connaît un succès rapide et croissant, s'étendant des biens aux services publics et aux travaux publics²⁴¹.

L'existence d'un contrat implique que les parties contractantes sont titulaires de situations subjectives juridiques parfaites, par conséquent, avec la nouvelle figure, ce sont les tribunaux ordinaires qui sont compétents pour certains des litiges concernant l'exécution de la relation contractuelle, notamment ceux de nature économique. Dans cette perspective, la configuration privatiste du contrat permet la pénétration des règles du code civil sur les obligations et les contrats et les principes de parité et d'équilibre entre les parties dans la relation de concession.

Cependant, le contrat de concession reste révocable par un acte unilatéral exécutoire de l'administration, mais la présence du moment contractuel et l'équilibre qui en découle entre les parties modifient la soi-disant "révocabilité *ad nutum*" qui avait été considérée comme caractéristique des concessions unilatérales et qui protège mieux les

²⁴⁰ Voir Cass. Rome, 12 janvier 1910, dans Riv. dir. Comm., 1910, 248.

²⁴¹ M. D'ALBERTI, op. cit.

attentes et les droits des opérateurs économiques²⁴². La jurisprudence indique que la révocation n'est possible, en dehors des cas spécifiques prévus par la loi ou le contrat, que pour des raisons d'intérêt public et pour des violations graves du contrat par le concessionnaire. La compétence pour les deux types de révocation appartient au juge ordinaire, qui effectue un contrôle matériel de l'excès de pouvoir ; en outre, une indemnisation est de toute façon prévue en cas de révocation pour intérêt public²⁴³.

L'exercice de pouvoirs administratifs unilatéraux étendus à la relation contribue à colorer la relation d'une matrice publiciste, bien que conditionnée par le respect de certaines formes et procédures.

Comme l'a souligné la doctrine²⁴⁴, la reconstruction publiciste de l'instrument concessionnaire a toujours été fonctionnelle précisément à la reconnaissance d'un pouvoir publiciste de révocation affectant la relation²⁴⁵. Dans le contrat de concession, la révocation entraîne la caducité de la mesure, et ce n'est que par ce biais que le contrat est résilié en raison de la perte de sa base d'existence - contrairement aux dispositions de la fin du XIXe siècle. Quant au rachat, une fois qu'il a eu lieu, les indemnités en faveur des concessionnaires comprennent l'évaluation des dommages émergents et du manque à gagner, reconnaissant ainsi, bien qu'indirectement, que les concessionnaires sont titulaires de situations juridiques subjectives comparables à des droits parfaits²⁴⁶. Ces solutions réglementaires nient essentiellement les principales règles dictées par les thèses unilatérales des publicistes²⁴⁷.

²⁴² *Ibid.* Dans le cadre de la théorie du contrat de concession, la déclaration de déchéance pour manquement a été considérée comme l'exercice d'un droit potestatif, assimilable précisément à la clause résolutoire expresse et soumis aux canons du droit des obligations et des contrats dans l'appréciation du comportement des parties et de la régularité de la déchéance.

²⁴³ App. Tranu, 3 avril 1916 in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 1 ; Cass. Roma, 9 février 1918, in *Foro. it.*, 1918, I, 487.

²⁴⁴ M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, dans *Enc. giur.*, op. cit. p. 11.

²⁴⁵ G. PERICU, *La concessione*, cité, p. 84 et suivantes, identifie la révocation comme l'institution "clé" pour reconstruire la nature du rapport. Sur ce point, voir également G. GRECO, *La concessione*, op. cit. p. 394.

²⁴⁶ Ainsi M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit.

²⁴⁷ Le rachat a été construit comme un acte administratif exprimant un droit potestatif avec une base légale et contractuelle, visant non seulement la fin du rapport de concession, mais aussi le transfert des plantes au concédant, qui doit être considéré comme un effet non secondaire, mais typique du cas, constituant sa cause, voir E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milan, 1961. La jurisprudence (Cass. 7 juillet 1925, in *Foro it.*, 1925, I, 964) a précisé que, à la différence de la révocation pour cause d'utilité publique, le rachat doit être prévu expressément ou par la loi et soumis

Les prises de position sur le contrat de concession semblent également influencées par la thèse du publiciste unilatéral, mais la simple reconnaissance de la présence d'un élément contractuel, bien qu'accessoire et non autonome, diminue essentiellement les effets de cette thèse.

Malgré la plus grande attention portée aux garanties de la personne privée - également en termes d'intensification du contrôle judiciaire des motifs de révocation et de reconnaissance du droit à l'indemnisation - le cas des concessions reste, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, caractérisé par des traits publics : c'est la théorie même du contrat de concession qui présuppose une prévalence de l'acte administratif sur le contrat (ce qui a d'ailleurs déterminé pas mal d'incertitudes quant au régime de la relation et à la répartition des compétences)²⁴⁸.

De ce point de vue, la thèse de la concession à deux niveaux, tout en contribuant à réaffirmer la connotation publiciste de la relation, ne représente pas l'éclipse de l'acte administratif, mais constitue, au contraire, une tentative de maintenir ensemble acte et contrat²⁴⁹. Suite à cette équi-ordination, la répartition des compétences gagne également en cohérence : la première phase publique est entièrement dévolue au juge administratif, la seconde au juge ordinaire, sauf pour les hypothèses de révocation de la relation.

Il s'agit toutefois d'une reconstruction qui soulève certaines perplexités liées au manque d'autonomie des deux actes : en particulier, si l'acte public contient déjà l'objet de la transaction et des dispositions précises, le contrat subséquent apparaît répétitif ; si, en revanche, l'acte n'identifie que la partie privée avec laquelle le contrat peut être conclu, on ne peut pas dire que cet acte constitue le rapport. A cela s'ajoute la question du

à certaines conditions consistant dans l'écoulement d'un délai incertain à partir du début de la concession et le préavis peut être exercé pour tout intérêt du concédant, même de nature économique-financière.

²⁴⁸ La doctrine soutient qu'en réalité le contrat de concession tend vers la première phase publiciste : dans la phase dominée par la mesure, et donc à caractère autoritaire, l'Etat renonce à l'une de ses compétences en la concédant à la partie privée. Dans cette première phase, la volonté de la partie privée est une simple acceptation et ne représente qu'une condition d'efficacité, tandis que ce n'est que dans une phase ultérieure que les parties règlent la relation déjà établie. La seule volonté dirimante est celle de l'Etat, qui permet au privé de participer à la gestion d'un service public, pour un espace circonscrit dans le temps. C'est un acte de souveraineté qui prend la forme d'une concession. Le contrat de concession présuppose donc nécessairement une mesure, dont le contrat est la conséquence.

²⁴⁹ Ainsi M. S. GIANNINI, *Un modo diverso di amministrare*, op. cit.

transfert des défauts d'un seul acte (public ou privé) sur l'ensemble de la relation. Dans la pratique des administrations notamment, il s'avère parfois difficile de distinguer clairement l'acte public constitutif de l'acte de régulation patrimoniale²⁵⁰, qui se chevauchent en un nœud gordien.

4. L'ORGANISATION ET LE TRANSFERT DES POUVOIRS PUBLICS DANS LES CONCESSIONS DE SERVICE PUBLIC : LA NOTION SUBJECTIVE-ORGANIQUE DU SERVICE PUBLIC

La dimension publiciste de la concession en tant qu'acte est confirmée et renforcée par la mise en valeur de la pertinence organisationnelle des relations de concession.

C'est une thèse qui s'impose à partir des concessions de biens et de travaux publics, où l'implication continue de la partie privée dans la réalisation de l'intérêt public est pertinente, mais qui devient encore plus déterminante pour assurer l'exercice régulier du service public²⁵¹ ; ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'on a rapidement considéré que leur objet principal était précisément la fourniture du service²⁵².

Dans cette perspective également - et compte tenu de la particularité de l'objet et de l'inclusion du concessionnaire dans l'organisation administrative aux fins de l'exécution du service public - il y a une accentuation de la publicisation de cette relation de concession²⁵³. Il s'agit d'un événement qui est étroitement lié à l'évolution et à la formation même d'une notion autonome de service public.

²⁵⁰ Voir A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit.

²⁵¹ A ce sujet, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 107 ; il observe que Ranelletti a utilisé le terme de service public en lui donnant un sens très large, le qualifiant d'"activité entrepreneuriale qui peut bénéficier à l'administration publique" ; il a également admis que tant les concessions de travaux publics que les concessions de biens publics pouvaient donner lieu à l'exercice de services publics par le concessionnaire et que c'était précisément l'exécution d'un service public qui justifiait le droit au profit.

²⁵² Reconstruction par M. D. ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, vocem, op. cit.

²⁵³ R. CAVALLO PERIN, *La disciplina del servizio pubblico*, in *Le forme giuridiche di erogazione dei servizi sociali alla famiglia*.

Le concept de service public, dont l'identité est "parmi les plus tourmentées" dans le système juridique italien²⁵⁴, est immédiatement coloré dans une clé publicitaire²⁵⁵. Cette notion a été utilisée pour désigner l'activité non juridique (c'est-à-dire les services) de l'administration publique envers les citoyens *uti singuli* ou *uti universi*²⁵⁶ ; un ensemble d'actions visant *principalement* à atteindre les objectifs de l'État²⁵⁷.

Le concept de service public reçoit une forte impulsion dans le système juridique pour sa définition et sa stabilisation, notamment au niveau local.

Comme on le sait, avec la loi du 29 mars 1903²⁵⁸, il a été décidé de municipaliser les services publics locaux et de faire de la concession de service public un outil indispensable pour assurer un fonctionnement optimal de ces services, le concessionnaire se voyant confier la propriété des bureaux administratifs²⁵⁹.

La municipalisation des services publics, c'est-à-dire l'attribution aux communes (et aux provinces) d'activités économiques qui touchaient, dans une large mesure, les communautés locales, a eu lieu précisément à l'époque où la jurisprudence française a donné naissance à la notion juridique de *service public*²⁶⁰.

Le concept de service public local, soumis à une éventuelle municipalisation, a été identifié comme des services "gérés par des organismes publics" : cela a contribué à donner une dimension purement subjective au concept de service public, en tant que

²⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologne, 1986, p. 69.

²⁵⁵ Les premières codifications en matière de services publics ont en effet été adoptées entre la fin du XIXe et le début du XXe siècle, sur ce point nous renvoyons à l'ouvrage de E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padoue, 2006, p. 299, dans lequel l'auteur explique que "en droit public (la notion de service) a souvent été associée dans le passé au prédicat "public", ce qui signifie que l'expression "service public" lie, à travers une discipline législative spécifique, l'activité inhérente à la protection des intérêts publics. Elle a fait l'objet d'une "qualification juridique multiple" et est le signe qu'elle n'a pas d'homogénéité dogmatique, mais ne peut être appréhendée qu'à travers une analyse historico-politique".

²⁵⁶ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, dans V. E. ORLANDO (ed.), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. VI, pt. I, S.E.L., 1924, 379.

²⁵⁷ Voir U. FORTI, *La nature juridique des concessions administratives*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 369 et, en particulier, p. 380, où l'on constate que le concept de service public est encore assez large, mais déjà beaucoup plus net que les énonciations doctrinales précédentes : il est défini comme : " un ensemble d'actions constituant une forme de l'activité exercée ou réglementée par l'Etat (ou un autre organisme public) et visant à atteindre ses fins, exclusivement ou conjointement avec des fins privées "

²⁵⁸ Il s'agit de la loi n° 103 de 1903, transfusée ensuite dans le décret royal n° 2578 de 1925.

²⁵⁹ F. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁰ Voir F. MERUSI, *Service public*, cité, op. p. 215. Pour une étude approfondie du *service public*, voir les chapitres un et trois, consacrés au système juridique français.

service dont l'administration est responsable. D'autre part, la loi sur les municipalisations, bien que d'une grande pertinence systémique, a considéré, au moment de son adoption, des activités extrêmement hétérogènes comme des services publics, de sorte que d'importants problèmes se sont immédiatement posés pour qualifier les activités en termes de "service public"²⁶¹.

En effet, si certains services, tels que l'approvisionnement en eau potable, l'éclairage public, l'entretien des égouts et le nettoyage des rues publiques pouvaient certainement constituer des services publics municipaux nécessaires, il en existait d'autres, tels que, par exemple, l'affichage, les crèches, les moulins, les boulangeries et le lait, qui ne constituaient en rien des services publics²⁶² et leur qualification en tant que tels était exclusivement l'œuvre de la loi en vertu de leur inclusion dans la liste réglementaire.

De ce *modus operandi* découle la qualification même de la théorie subjective en termes de théorie nominaliste²⁶³ : les services publics sont tels parce qu'ils sont fournis par le sujet public, ajoutant ainsi une plus-value subjective à l'acte spécial.

En substance, cette loi confirme la reconstruction théorique d'un service public subjectif, puisque c'est l'administration qui identifie ce qui constitue un service public en amont, et le concède en aval aux concessionnaires. Ainsi, la discrétion administrative est renforcée, la sphère publique est élargie, tandis que la dimension économique-objective de la relation régresse.

Cette perspective contribue à connoter, dans une clé purement publiciste, le moment du transfert de la responsabilité aux sujets privés pour la gestion du service, indépendamment des réflexions sur la structure et la réglementation juridique de la relation. D'autre part, comme nous l'avons déjà vu, la pertinence organisationnelle et le service public subjectif sont également soutenus au niveau théorique : dans *Principii*

²⁶¹ En outre, les commentateurs de la loi avaient déjà souligné que les effets néfastes du monopole n'étaient pas atténués par les tentatives des administrations concédantes d'imposer aux concessionnaires des charges imitées par les "effets bénéfiques" de la concurrence, F. MERUSI, *Cent anni di municipalizzazione : dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, Dir. amm., 1, 2004, p. 37.

²⁶² La thèse est de M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione*, op. cit. p. 614.

²⁶³ Ainsi F. FIGORELLI, *I servizi pubblici*, in F.G. COCA (ed.), *Diritto amministrativo*, op. cit. p. 537 et 540, selon lequel la théorie nominaliste était "l'expression primitive de la reconstruction subjective du service public". En effet, "en vertu du principe nominaliste susmentionné, en extrême synthèse, seuls les services assumés par l'État ou par un autre organisme public, qui en a acquis la propriété et, dans certains cas, en a également assuré l'exercice, devraient être considérés comme publics".

di diritto amministrativo italiano (Principes du droit administratif italien), Santi Romano affirme que le droit d'exercer un service public "n'est pas dévolu aux entités publiques", tandis qu'il est dévolu "aux personnes privées uniquement lorsque ces dernières le leur ont conféré" ; et cette délégation ne peut avoir lieu que par le biais d'une concession²⁶⁴.

L'auteur reconnaît la présence d'une concession " chaque fois que l'administration transmet à autrui un de ses pouvoirs ", ou " lorsque sur la base d'un de ses pouvoirs ou droits, qui restent ainsi limités, elle constitue un nouveau droit ou pouvoir au profit d'autrui "²⁶⁵ : par le biais des concessions, en effet, " les facultés relevant uniquement et exclusivement de l'administration " sont transférées²⁶⁶. L'influence de la théorie publiciste de Santi Romano sur le sujet du transfert de pouvoirs publics à des personnes privées persistera encore longtemps²⁶⁷. D'autre part, les concessionnaires deviendraient des administrations pouvant également émettre des actes administratifs²⁶⁸.

Dans la doctrine ultérieure, l'affaire des concessions - en particulier des services publics - remonte fermement à ce que Zanobini a appelé "l'exercice privé des fonctions publiques"²⁶⁹. En particulier, selon l'auteur, les concessionnaires qui entrent dans la catégorie des organes indirects de l'État, sont les sujets auxquels sont transférées "une partie des facultés propres à l'organisme public" et sur lesquels les pouvoirs publics exercent "des pouvoirs de suprématie spéciale" de manière "très étendue et intense", d'une manière qui n'est pas différente de ce qui se passe dans le cadre des relations organiques directes²⁷⁰. Toutefois, "l'attribution de l'exercice de fonctions publiques, voire de véritables pouvoirs publics, à des personnes morales privées ne les transforme pas en sujets de droit public"²⁷¹.

En outre, Zanobini souligne comme caractéristique de la concession la "substitution" du concessionnaire au concédant comme unique interlocuteur des tiers. Cela entraînerait une responsabilité exclusive²⁷². Cette substitution est liée à l'exercice d'activités réservées au

²⁶⁴ Ainsi SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, op. cit. p. 154.

²⁶⁵ Voir S. ROMANO, 1914, op. cit. p. 239.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Ainsi A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Turin, 2005.

²⁶⁸ Voir S. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 282.

²⁶⁹ A. MALTONI, op. cit. 2004, p. 23.

²⁷⁰ Ainsi G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit. p. 658.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² La thèse de la substitution est développée notamment dans le domaine des concessions de services par G. ZANOBINI, op. cit. p. 419.

concedant ainsi que de pouvoirs d'autorité.

En bref, étant donné qu'il s'agit d'un transfert de tâches propres à la puissance publique, quelle que soit la construction que l'on souhaite donner à la nature de l'acte (contrat, contrat accessoire à la mesure), il ne peut être mis en doute qu'il s'agit d'une manifestation d'activité publique. Puisque la concession est définie en raison de l'objet concernant la gestion du service public, et donc comme un acte de disposition à des tiers d'une activité (monopolistique) ou de fonctions réelles, la perspective du transfert des pouvoirs publics de l'administration publique au tiers concessionnaire est renforcée²⁷³.

En substance, en accordant la concession, l'administration exerce une capacité spéciale, non négociée.

Dans le sillage de cette approche, dans les années 1930, la loi réorganisant les concessions est votée et le choix du concessionnaire revient au concedant qui, à sa discrétion, peut faire passer des raisons d'organisation du service public avant le respect de critères techniques et formels²⁷⁴. Même la fin de la relation de concession de service public est fondamentalement réglementée de manière autonome par l'administration publique, et les cas d'accord sur la fin de la relation sont rares²⁷⁵. Les théories publicistes sont rafraîchies par le transfert et la délégation des pouvoirs publics dans la concession de service public, et cette fonction organisationnelle de la concession de service public servira d'archétype jusqu'aux reconstructions qui domineront le 21ème siècle²⁷⁶.

La dimension exclusivement subjective du service public est quelque peu émoussée dans la période d'après-guerre.

Compte tenu de la nécessité de contribuer, avec des moyens tant publics que privés, à la renaissance économique du pays, qui avait été frappé par la participation aux deux guerres mondiales, on espère d'une part un rôle d'initiative active des citoyens, consacré par le

²⁷³ Au contraire, R. CAVALLO PERIN soutient que la concession en tant qu'acte d'organisation de l'administration publique pour créer des qualités publiques chez des tiers, de même que l'idée de substitution comme légitimation de l'exécution des tâches assignées par la loi à l'administration, semblerait indiquer une vicissitude juridique de l'acte de concession de service public de nature constitutive.

²⁷⁴ Loi n° 1137 du 24 juin 1929.

²⁷⁵ Certaines lois prévoyaient la résiliation par accord avec le concessionnaire, art. 33 l 28 septembre 1939, n° 1822, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, voce.

²⁷⁶ Comme le souligne N. RANGONE, *I servizi pubblici*, op. cit. p. 228 et suivantes. La thèse du concessionnaire comme "substitut" de l'organisme public, proposée par G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1942, I, II, 235, semble aller dans le même sens.

principe de l'autonomie privée²⁷⁷ ; d'autre part, les services publics deviennent un véritable "devoir" pour l'administration publique²⁷⁸.

L'avènement de la Constitution apporte avec elle les nouveautés d'un ordre juridique²⁷⁹ et d'un ordre économique²⁸⁰, reconnaît en son sein des droits subjectifs et des intérêts légitimes, donnant à la compétence exclusive du juge administratif un caractère propre²⁸¹.

²⁷⁷ Cf. art. 41 Const. autonomie, c'est-à-dire *actos nomos* selon R. SACCO, dans *Digesto*, 1987, "(...) indique la situation d'une personne qui est en mesure d'influencer les règles qui la concernent (c'est-à-dire destinée à agir dans sa propre sphère, ou dans les sphères des autres mais avec des répercussions dans sa propre sphère ou dans la sphère de ses intérêts)".

²⁷⁸ Sur le dévouement en tant que caractéristique qui distingue le service public des autres services, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, op. cit. p. 478.

²⁷⁹ L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, in *Atti del convegno del Consiglio Superiore della Magistratura 'La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Turin, 6 mars 2012.

²⁸⁰ Comme l'état « pluriclasse » de M.S. Giannini.

²⁸¹ Le noyau des principes sur la justice administrative tels qu'ils ont évolué à partir de la loi de 1865 abolissant le contentieux administratif : et les travaux de l'Assemblée constituante documentent comment "l'indispensable réabsorption dans la Constitution des principes fondamentaux de la loi du 20 mars 1865" a conduit, d'une part, à la proposition de Calamandrei selon laquelle "l'exercice du pouvoir judiciaire en matière civile, pénale et administrative appartient exclusivement aux juges ordinaires" (art. 12, discuté par la deuxième sous-commission le 17 décembre 1946) et, d'autre part, au texte (proposé par l'Hon. Conti, Bettiol, Perassi, Fabbri et Vito Reale) approuvés par l'Assemblée constituante lors de la séance de l'après-midi du 21 novembre 1947, correspondant aux actuels articles 102 et 103 de la Constitution. et a conduit, en outre, à exclure l'assujettissement des décisions du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes au contrôle de légitimité de la Cour de cassation, en le limitant au seul "excès de pouvoir judiciaire", conformément à "l'unité non pas organique, mais fonctionnelle de juridiction, qui n'exclut pas, implique même, une division des divers ordres de juges en systèmes différents, en systèmes autonomes, dont chacun fait partie en soi" (ainsi Mortati, séance de l'après-midi du 27 novembre 1947). L'appel de Calamandrei - à l'Assemblée constituante - à la "réabsorption indispensable dans la Constitution des principes fondamentaux du droit du 20 mars 1865, All. E" visait à combler, en 1947, avec le juge ordinaire (éventuellement à travers ses sections spécialisées), le vide de protection laissé en 1865 et "abusivement" (par rapport aux principes proclamés à l'art. 2) alors comblé par un Conseil d'Etat qui avait alors "historiquement épuisé" sa tâche (Calamandrei, IIe Sous-commission, séance de l'après-midi du 9 janvier 1947). " Le Conseil d'État n'a jamais rien enlevé au juge ordinaire " (ainsi Bozzi, *ibid.*) puisque la juridiction administrative est née " non pas comme une usurpation au juge ordinaire d'attributions particulières, mais comme une conquête de la protection juridictionnelle par le citoyen contre l'administration publique " ; Il ne s'agit donc pas de rétablir la protection judiciaire ordinaire du citoyen qui a été usurpée par cette juridiction administrative, mais de reconsacrer la tradition parfaite d'une conquête particulière de la protection du citoyen" (Leone, Assemblée, séance de l'après-midi du 21 novembre 1947). Le Constituant a reconnu la pleine dignité du juge administratif comme juge ordinaire pour la protection, contre l'administration publique, des situations subjectives non envisagées par l'art. 2 de la loi de 1865 ; tout comme de cette loi il a, avec ce qui deviendrait l'art. 113 Const, a transposé le principe - " et était pour cette raison considéré comme une conquête libérale de grande importance " - " selon lequel, lorsqu'un droit civil ou politique est violé par un acte de l'administration publique, ce droit peut être revendiqué devant l'autorité judiciaire ordinaire, de sorte que l'administration publique devant les tribunaux ordinaires en vient à se trouver, dans ces cas, comme

Dans cette période historique, l'objet du droit administratif s'émancipe également d'être connoté par des significations purement autoritaires, et de nouvelles perspectives se dessinent autour des instruments consensuels nécessaires pour impliquer les particuliers dans l'exécution des missions de service public²⁸². Cela permet d'accentuer l'inclusion de l'individu privé également dans l'organisation du service public. Le système constitutionnel tend, en effet, à adoucir l'image de l'autorité étatique et à faire prévaloir la dimension fonctionnelle de la puissance publique, en dépassant l'équation service public - administration publique.

En ce sens, bien que par le biais d'une concession, l'administration accorde à des tiers la gestion d'un service public ; de cette façon, il semble évident que, juridiquement, elle ne "concède" pas à des tiers une activité visant à produire des biens et des services, puisque le système reconnaît déjà cette liberté aux tiers, par la voie constitutionnelle, sous l'angle de l'initiative économique²⁸³. La Constitution semble atténuer la dimension subjective, en permettant aux parties privées de mener des activités dans l'intérêt public.

Ayant éliminé de l'objet nécessaire de la concession l'attribution à des tiers d'une activité réservée à l'administration publique (le service), les relations avec le concessionnaire peuvent, sur le plan théorique, être plus facilement encadrées d'abord dans la notion de contrat de concession²⁸⁴, et ensuite dans le contrat unique qui leur attribue la gestion du

tout justiciable privé soumis à la juridiction... ". principe fondamental qui fut ensuite complété par la création des sections juridictionnelles du Conseil d'État... de l'unicité de juridiction en matière d'administration publique" (Calamandrei, Assemblée, séance de l'après-midi du 27 novembre 1947).

²⁸² Ainsi U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in Ius 1953, op. cit. p. 393 et suivantes.

²⁸³ Quant au régime, l'activité est normalement exercée par des opérateurs privés dans un régime de libre concurrence, lorsque celui-ci est spontanément apte à atteindre les finalités sociales dictées par l'article 41, alinéa 3 de la Constitution, qui connote le service comme public. Dans ce cas, l'Administration exercera une fonction de vérification des conditions requises par la loi pour l'exercice de l'activité économique, c'est-à-dire pour s'assurer que l'activité n'est pas exercée en contradiction avec l'utilité sociale et en général avec les limites sanctionnées par l'article 41, alinéa II de la Constitution. Toutefois, dans la plupart des cas, il sera nécessaire que l'administration intervienne avec des instruments de coordination et de réglementation de nature et d'incidence diverses, allant de la vérification des conditions d'accès au marché, à l'attribution des infrastructures essentielles, à la détermination des spécifications techniques et à des pouvoirs de direction plus pénétrants (la détermination autoritaire des tarifs). Enfin, en cas de défaillance du marché, la loi peut prévoir une véritable réserve au titre de l'article 43 de la Constitution.

²⁸⁴ Voir D. SORACE E. MARZUOLI, entrée Concessions administratives dans le Digeste (discipl. pubb.), op. cité, pp. 288-293 ; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milan, 1984, pp. 257-261.

service public²⁸⁵.

Quant au régime de concession, il doit être harmonisé avec les règles constitutionnelles qui prévoient des "programmes et des contrôles" pour les activités commerciales publiques et privées²⁸⁶. Au-delà de cette sphère, le droit civil ordinaire peut s'appliquer.

Cela aurait pu permettre de mettre l'accent sur le moment de l'acceptation par la partie privée²⁸⁷, et donc sur la dimension égalitaire de la relation²⁸⁸. En outre, une fois rompu le lien nécessaire entre la concession et la réservation d'activité, conformément à la Constitution, le concessionnaire n'aurait même pas été l'unique interlocuteur et le seul responsable devant les citoyens utilisateurs.

Toutefois, malgré ces ouvertures qui sous-tendent l'évolution objective et fonctionnelle de la notion de service public, la doctrine majoritaire reste ancrée dans la perspective publiciste traditionnelle du régime juridique, valorisant la dimension organisationnelle de la concession de service public.

²⁸⁵ E. SILVESTRI, voce Concessione amministrativa dell'Enc. dir., voi. VIII, Milan, Giuffrè, 1961, p. 376 ; une solution du contrat de droit privé reprise ensuite par M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit.

²⁸⁶ Art. 41 alinéa 3 Const.

²⁸⁷ M. D'ALBERTI, (ed.), *Concessions et concurrence*, Rome, 1998, p. 162 qui met en évidence le fait que l'utilisation généralisée des concessions, non seulement pour les activités réservées mais aussi pour les activités libres dans notre système juridique, apparaît totalement inacceptable ; il est souligné que "les raisons de l'universalité du service et l'argument fondé sur les contrôles à des fins sociales prévus par l'art. 41 Const. ne sont pas valables pour justifier le recours à la concession administrative" ; et encore, "seule la réserve justifie la concession", alors que dans tous les autres domaines, les concessions devraient être remplacées par des "instruments de droit commun". Sur l'article 43 de la Constitution, voir notamment S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1344 et s. et F. GALGANO - S. RODOTÀ, *Rapporti economici* (art. 41-44), in *Commentario alla Costituzione* édité par G. Branca, Bologna, 1982.

²⁸⁸ R. CAVALLO PERIN, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di pubblico servizio*, op. cit. p. 115, qui va cependant jusqu'à affirmer qu'avec l'acte de concession se réalise "l'effet translatif de la position économique et juridique de l'administration publique par rapport à un service public déterminé (substitution)". Sur ce point, voir également F. Merusi, *Public Service*, cit. p. 221, qui souligne que dans les concessions de service public, "le service ne serait rien d'autre qu'une activité économique "programmée" à travers une discipline administrative particulière (...), fondée sur l'article 41, paragraphe 3 de la Constitution". Dans le même sens, F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 3 et suivantes, qui souligne la reconnaissance, de manière générale et abstraite, de la liberté d'initiative économique privée visée à l'article 41 de la Constitution pour tous les sujets.

5. LA CONCESSION ET LE DROIT PRIVE' DANS LA DOCTRINE DE LA SECONDE MOITIE DU 20EME SIECLE

Après la Seconde Guerre mondiale, et en particulier à partir des années 1960, les conditions politiques et économiques ont mûri pour une remise en cause de certaines coordonnées qui avaient caractérisé le régime administratif des activités des pouvoirs publics²⁸⁹. La croissance de l'intervention publique dans le domaine économique, surtout à travers l'entreprise publique²⁹⁰, conduit une partie de la doctrine à reconnaître, même à la tête de l'administration publique, une capacité générale de droit privé²⁹¹. En particulier, c'est à l'élaboration de Massimo Severo Giannini que l'on doit la perspective d'une conception différente de l'activité administrative et, surtout, l'affirmation d'une coordination possible entre l'entreprise et l'intérêt public²⁹².

À la lumière de ces prémisses, Giannini rejette le contrat de droit public à la française²⁹³ et place la concession dans la sphère des "contrats d'objet public", c'est-à-dire parmi les contrats qui, ayant pour objet des biens ou des services retirés de la circulation juridique ordinaire, doivent nécessairement être précédés d'une mesure administrative

²⁸⁹ Ainsi M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, 1981 ; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuelle et droit privé*, op. cit. p. 74 et suivantes.

²⁹⁰ Sur ce sujet, M. S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in Riv. dir. comm., 1959, p. 321 et suivantes ; F. BENVENUTI, *Public Administration*, p. 1583, sur l'expansion espérée de l'État dans les secteurs privés et "la transformation de l'État en privé pour la poursuite de buts d'intérêt public" ; du côté du droit civil, M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, p. 399.

²⁹¹ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Rome, 1962, p. 20. De plus, selon H. KELSEN, *General Theory of Law and the State 1945*, transl. it., 1952, p. 207 "dans tous les systèmes juridiques modernes, l'État peut avoir des droits in rem et des droits in personam, voire tous les droits et devoirs de droit privé". Peu après, certains auteurs distinguent la capacité juridique des instruments relatifs de l'imputation, qui peuvent être soumis à certaines limitations : G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia, Milan, 1970, p. 82.

²⁹² M. S. GIANNINI, op.ult. cit. "un intérêt public peut être pris en charge aussi bien par une transaction privée que par une mesure administrative".

²⁹³ Selon l'auteur (in *L'attività amministrativa*, p. 51), le *contrat administratif* français a procédé à une généralisation du contrat, sans considérer que de nombreuses clauses exorbitantes sont en fait également utilisées dans les relations inter-privées (la clause pénale, le *jus variandi*, le droit de rétractation).

qui rend l'objet disponible²⁹⁴. Le concessionnaire, *munus pubblico*²⁹⁵, participe en tant qu'organe indirect de l'administration, mais ses actes restent des actes privés, soumis au régime administratif uniquement si la loi le prévoit expressément²⁹⁶.

Giannini distingue les contrats de droit commun, qui sont conclus par les parties en vertu du droit privé (contrats ordinaires et spéciaux) et dans lesquels l'administration publique ne jouit pas d'une position privilégiée, des contrats ayant un objet public ou de droit public, qui sont liés à certains types de mesures, par lesquelles l'administration publique transfère la disponibilité de biens ou la gestion de services publics à des parties privées, par exemple, les concessions: ces derniers contrats, précisément pour cette raison, sont concernés par les éventuelles mesures de révocation, pour des raisons d'intérêt public, ou d'annulation de la mesure à laquelle ils sont liés, pour des défauts de légitimité²⁹⁷. Le contrat avec un objet public représente une " figure générale ", caractérisée par le fait d'être structurée par un " cas global ", composé de mesure et de contrat, et non par la présence d'une cause publique ou d'une discipline spéciale, inconnue en droit italien²⁹⁸.

Giannini soutient que l'impact de la concession sur le service public ne constitue pas un obstacle à la reconstruction privée de la réglementation régissant le rapport de concession, en effet, l'objet public en soi n'empêche pas la reconstruction du rapport en termes contractuels²⁹⁹. Les

contrats à objet public constituent "une figure générale" car ils sont possibles "chaque fois qu'il existe un aspect patrimonial, dans l'exercice des pouvoirs publics, qui peut faire l'objet d'une discipline négociée et être réglementé par des obligations"³⁰⁰.

Un contrat a donc un objet public lorsqu'il a un objet qu'il serait impossible de déduire

²⁹⁴ M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, op. cit. p. 25 classe les contrats en fonction de leur intensité avec les faits administratifs : 1. contrats ordinaires ; 2. contrats spéciaux ; 3. contrats ayant un objet public ; 4. contrats publics (cette dernière catégorie est pour l'auteur une catégorie procédurale, qui peut être appliquée aux contrats ordinaires, spéciaux et ayant un objet public).

²⁹⁵ Ainsi M. S. GIANNINI, *Droit public économique*, 5e éd., Milan, 1995, p. 78.

²⁹⁶ Plus loin M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Rome, 1950, p. 172.

²⁹⁷ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Rome, 1962, p. 41.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Giannini rejette la catégorie de "contrat de droit public" et introduit la notion de "contrats ayant un objet public" : M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, op. cit. p. 87 et s. et, plus récemment, Id., *Diritto amministrativo*, op. cit. vol. II, p. 426. Cependant, même dans la théorie de Giannini, un "moment de publicité" est récupéré en se référant à un acte préliminaire qui rend l'objet disponible.

³⁰⁰ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, op. cit. , p. 86.

dans un contrat entre particuliers, puisqu'il porte sur un bien dont seule l'administration peut disposer.

Trois types de contrats avec un objet public sont identifiés : accessoire, auxiliaire et substitutif, en fonction de la modulation différente du critère de rattachement.

Les contrats accessoires sont fondés sur le schéma de la *Zweistufigentheorie* allemande, selon lequel le lien entre la mesure et le contrat est tel que la première conditionne l'existence du second, mais pas l'inverse³⁰¹. Cette construction est appliquée aux concessions de biens et services publics. En résumé, ces ouvertures théoriques au droit privé sont développées à partir des relations considérées comme ayant un objet public, pour s'étendre ensuite à toutes les relations (la technique privée sera en effet définie comme "neutre"³⁰²) sans devoir recourir à des figures hybrides ou dualistes.

Un aspect problématique de la question est toutefois donné par la relation entre la nature juridique publique du bien cédé et l'éventuelle nature privée de l'acte utilisé par l'administration pour régler la relation. On a en effet constaté que ce qui permet à Giannini de créer un système cohérent est, une fois de plus, l'élément du lien entre le contrat avec un objet public et la mesure administrative. C'est précisément ce lien, en fait, qui permet à la mesure d'absorber en son sein le souci de l'intérêt public, et au contrat de rester sur les profils patrimoniaux de la relation.

En d'autres termes, précisément parce que l'élément public de l'affaire continue à être concentré dans la mesure, Giannini est en mesure de justifier le placement du contrat exclusivement dans le domaine du droit privé, sans toutefois parvenir à échapper à la construction dualiste du double degré. D'ailleurs, le même auteur aura l'occasion d'affirmer plus tard comment, en réalité, on se trouve en présence de "cas globaux", de cas "composés de contrats et de mesures administratives ensemble"³⁰³.

Dans les relations de concession, il manque l'un des profils généraux du contrat avec

³⁰¹ Ainsi J. JASPER - F. MARX, *Einführung*, in *Vergaberecht*, 11, Aufl. München, 2009, p. XXXV, rappellent qu'en Allemagne, la tentative d'introduire une phase publiciste et une phase privatiste n'a pas été suivie d'effet. Depuis le XIXe siècle, la théorie de la Fiskustheorie, qui tend à attribuer à l'État un double caractère : détenteur et souverain des pouvoirs de l'empire et État en tant que personne morale de droit commun, est restée solide. Sur ce point, H. MAURER, *Verwaltungsrecht*, 14, Aufl, München 2002, p. 14.

³⁰² M. D'ALBERTI, *op. cit.*

³⁰³ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Rome, *op. cit.*, p. 18.

un objet public : son inclusion dans les cas composés de mesures administratives³⁰⁴. Le plus souvent, le contrat est le seul acte constitutif de la relation de concession, auquel cas le contrat de sujet public représente davantage une convention terminologique qu'une catégorie conceptuelle. Une théorie qui veut s'élever au rang de théorie générale du droit administratif, comme la théorie du double degré, doit tenir compte à la fois des structures contractuelles et des structures providentielles, mais dans la pratique cette solution n'a pas été couronnée de succès : par exemple, comme le souligne la doctrine, dans les concessions de services ferroviaires, de transport de lignes et de services aéroportuaires, c'est le contrat qui constitue la relation de concession³⁰⁵.

La reconstruction des relations de concession comme relations privées, soutenue par la reconnaissance de la capacité générale du droit privé, a ensuite été développée par D'Alberti, qui est parti d'une analyse critique de l'histoire et de la pratique administrative des biens et services publics.

Les reconstructions dominantes, qui tendaient à attribuer tout type de concession à la théorie du "double degré", laissaient de grandes marges d'incertitude quant à la dynamique réelle des relations de concession. L'auteur souligne comment la "pratique largement créative des administrations"³⁰⁶, depuis les années 1970, a utilisé des instruments consensuels pour lancer de nombreuses activités économiques³⁰⁷. Les réglementations spéciales sont également denses en références au contrat de concession, comme la loi sur le transport maritime³⁰⁸ et les conventions sur les services

³⁰⁴ Il est toutefois habituel de la définir comme une "mesure administrative" et ce parce qu'elle est considérée comme un acte de nature impérative, c'est-à-dire la production "d'événements faisant naître, modifiant et éteignant des situations subjectives dans la sphère d'autrui indépendamment du consentement et de la coopération du sujet qui la subit" M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*

³⁰⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit. p. 292 et suivantes.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Un exemple en est l'activation du sous-sol de Rome, loi n° 1145 du 24 décembre 1959. La convention pour la construction et la gestion du système aéroportuaire de Milan Malpensa et Linate stipulée le 7 mai 1962, n° rep. 191 entre les ministères de la Défense, des Finances et du Trésor et SEA, approuvée par décision interministérielle (transports, finances et trésor) le 5 mars 1964, est également d'un intérêt particulier. La législation de base se trouve dans la loi n° 194 du 18 avril 1962.

³⁰⁸ La loi n° 600 du 2 juin 1962 pour la réorganisation des services maritimes d'intérêt national prééminent a servi de base aux concessions à structure contractuelle pour confier les lignes aux sociétés Adriatica, Lloyd triestino, Italia et Tirreni ; les contrats du 30 janvier 1965, approuvés par d. P.R. 23 avril 1965, in B.U. Marina mercantile, 1965, 1055 et s. Plus tard, dans la doctrine, d'importantes remarques sur le sujet par M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della RAI*, in Cons. St. 1977, II, 785 et s. ; A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Milan, 1978, p. 227.

téléphoniques³⁰⁹. Dans les concessions portuaires, on a largement recours à des relations dont la structure est entièrement contractuelle, tant pour l'utilisation des biens publics que pour la gestion des services³¹⁰.

La réglementation d'une activité économique aussi variée exercée par le concessionnaire se traduit par un ensemble de règles particulières qui prennent forme dans des lois, des clauses, des préceptes contractuels et des décisions judiciaires.

Au départ, le cadre normatif est très hétérogène, mais le concessionnaire est de plus en plus identifié au moyen d'une sorte de preuve publique, ou en tout cas au moyen de procédures avec une enquête préliminaire complexe, et il est obligé d'exercer l'activité sous concession. Un contrôle étendu de l'administration concédante sur l'activité du concessionnaire est prévu, contrôle qui, notamment à travers les spécifications contenues dans les clauses contractuelles, prend l'allure d'un pouvoir de direction, entendu comme l'influence de l'administration sur les pouvoirs décisionnels importants du concessionnaire.

Dans ce contexte, D'Alberti approfondit la comparaison entre les concessions et les contrats de droit civil, en partant du contrat voisin, surtout dans le domaine des travaux et services publics auxquels la réglementation contractuelle est commune³¹¹. En ce qui concerne le pouvoir de substitution dans les contrats, le commettant peut en faire usage en cas d'inexécution du contractant, même non consommée. Dans le cas de concessions, elle peut également s'en prévaloir au-delà des défaillances³¹². En ce qui concerne les services publics, l'auteur souligne comment, dans les contrats, la responsabilité envers les tiers pour les dommages découlant de l'activité exercée incombe au commettant,

³⁰⁹ Un exemple pertinent est l'accord conclu le 27 février 1968 entre le ministère des postes et télécommunications et Italcable pour la concession de services de télécommunications internationales à usage public, approuvé par le décret présidentiel n° 497 du 6 mars 1968 ; la réglementation de base se trouve dans le code postal.

³¹⁰ Ces concessions sont fondées en partie sur l'article 694 du code de la navigation et en partie sur une législation spéciale.

³¹¹ Contra A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici. Relazione generale*, in Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, *Le opere pubbliche*, 1, I lavori pubblici, Milan, 1967, p. 53, selon lequel la concession et le contrat, malgré l'imbrication et le chevauchement de la pratique, sont désormais deux types de contrats très différents. Dans le cas du contrat, seule l'exécution matérielle d'un service était pertinente, aussi complexe et aussi intrinsèquement pertinente du point de vue de l'intérêt collectif : pertinente au point d'expliquer cette " certaine position de force " reconnue à l'administration, au moment de l'unification, dans l'annexe F dédiée aux travaux publics.

³¹² M. D'ALBERTI, *op. cit.*

alors que dans les concessions, elle incombe au concessionnaire³¹³. Le concessionnaire effectue cependant des opérations qui peuvent donner lieu à une gestion globale du service sous le contrôle de l'administration. L'entrepreneur se limite à la mise en œuvre matérielle du service, tandis que le concessionnaire est, en revanche, plus impliqué dans la gestion du contrat : dans le domaine des services publics, il perçoit des redevances d'utilisation, a le pouvoir d'émettre des amendes, peut sous-traiter la construction d'ouvrages utiles à la gestion du service, et dispose de bureaux qui traitent les plaintes des usagers³¹⁴. L'extension des pouvoirs de décision semble être à la base de la discipline fondée sur la large responsabilité du concessionnaire envers les tiers et sur les pouvoirs de substitution pénétrants de l'administration concédante, mais n'affecte pas la réglementation contractuelle persistante de la relation, comme le confirment les orientations jurisprudentielles qui ont soutenu l'extensibilité aux relations de concession des règles sur l'interprétation des contrats, leur nullité et l'extinction des obligations réciproques par compensation³¹⁵, sans toutefois considérer les dispositions de la loi sur la comptabilité comme obligatoirement applicables³¹⁶. L'auteur, à partir de son analyse de la jurisprudence, se rend compte que ce qui varie d'une fois à l'autre est le degré de "perméabilité" entre les règles qui composent le régime spécial, selon qu'elles ont une genèse légale, providentielle ou contractuelle, et les règles de droit civil, selon qu'elles sont impératives ou dispositives³¹⁷. En effet, les juges et les panels d'arbitrage établissent un lien entre la mesure concessionnaire et le contrat accessoire en termes de validité et d'efficacité, et appliquent largement les règles de droit privé sur les obligations et les contrats aux concessions³¹⁸. De manière générale, l'analyse de la jurisprudence examinée révèle une application

³¹³ Cass. 15 avril 1971, n° 1070, in *Giur. Ita.* Vol. I, 1, 582.

³¹⁴ M. D'ALBERTI, *op. cit.*

³¹⁵ Cass 27 janvier 1959, n. 224 dans *Foro it.* 1960, I, 453 ; Cass 13 mars 1972, n° 728 in *Foro it.* 1972, I, 3237 ; et Cass 21 juillet 1967, n° 1894 in *Foro amm.*, 1967, I, 1, 591.

³¹⁶ Cons. St. Sec. VI, 2 novembre 1970, n° 69 dans *Cons. St.* 1982, I, 156.

³¹⁷ M. D'ALBERTI, *op. cit.* fait référence à un spectre différent de "résistance" à l'introduction de règles civilisationnelles.

³¹⁸ Par exemple, l'exercice par le concessionnaire des droits potestatifs attribuables aux résiliations dues à l'inexécution par le concédant en raison de la survenance d'un caractère excessif a été considéré comme possible, en raison de la survenance d'une impossibilité, la *reductio ad aequitatem* en faveur du concessionnaire a été considérée comme applicable : Cour de Cassation 25 mai 1968, n° 1604 in *Foro it.* 1968, I, 1773.

extensive des règles de droit civil aux concessions de manière supplétive, dans le respect de la discipline spéciale ; la question la plus controversée reste celle des pouvoirs administratifs. Le pouvoir de substitution de l'administration ne peut être utilisé qu'en cas d'irrégularités ou de dysfonctionnements, avec une résiliation unilatérale de la relation en cas de déficiences ou d'anomalies irréversibles³¹⁹. En ce qui concerne la fin de la relation (action par rachat, déclaration de déchéance ou révocation), seul le pouvoir de révocation est considéré comme un pouvoir général et peut être exercé même en l'absence d'une disposition expresse dans le contrat. Il n'en va pas de même pour les cas de modification unilatérale, contrairement à ce qui est déjà le cas en droit français : dans les cas où cette faculté affecte les relations patrimoniales, et que les préceptes du contrat le prévoient, ceux-ci sont considérés comme nuls pour contrariété aux règles impératives de détermination ou de déterminabilité de l'objet (Art. 1418 Code civil et Art. 1346 Code civil)³²⁰.

Le problème fondamental concerne la compatibilité d'un tel pouvoir avec la nature contractuelle de la relation. D'Alberti suggère que si les concessions sont des contrats, une justification valable pour l'utilisation d'un tel pouvoir est représentée par la thèse de la clause de révocabilité implicite, adoptée par la jurisprudence avant la publicisation doctrinale. Une autre voie est de reconstruire la révocation comme un *factum principis*, par lequel l'administration-autorité se superpose à l'administration-parties dans l'objectif de la poursuite des intérêts publics ; ou celle d'assimiler la révocation à un événement particulier d'intervention sur le contenu contractuel, ressemblant à l'insertion automatique de clauses.

L'auteur, afin de soutenir la compatibilité entre le droit commun et les opérateurs publics et privés, ne se contente pas de recourir à la jurisprudence, mais est parmi les premiers juristes publics à utiliser la méthode comparative, en portant son attention en particulier sur les systèmes inspirés du droit commun. Les *contrats gouvernementaux* américains, en effet, peuvent être *résiliés pour des raisons de commodité*, dans l'intérêt public, indépendamment des dispositions explicites, et ne perdent pas pour autant leur

³¹⁹ Cass. 9 mai 1977, n. 1786, dans *Foro it. Rep.* 1977, entrée sur les concessions administratives, n° 12.

³²⁰ App. Florence, 6 février 1969 in *Giur. mer.*, 1969, III, 201, sur la variation unilatérale des loyers, confirmée par la Cour de Cassation n° 728 du 13 mars 1972, in *Foro. it.*, 1972, I, 323.

caractère contractuel³²¹. Dans le domaine des marchés *publics*, les tribunaux britanniques ont développé une règle selon laquelle les autorités publiques ne peuvent pas empêcher, entraver ou limiter par contrat l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui leur sont conférés par la loi ou par prérogative lorsque les activités des autorités visent directement la poursuite d'intérêts publics. Cette règle a conduit à la reconnaissance de pouvoirs administratifs de résiliation unilatérale des relations contractuelles, sans que ceux-ci soient soustraits aux principes du droit commun³²².

De cette comparaison, D'Alberti déduit que, d'une certaine manière, même les contrats de concession dans l'expérience juridique italienne constituent une figure analogue à celles propres aux systèmes de *common law*, en restant plutôt éloignés des modèles typiquement publicistes (comme le droit français) dans lesquels le droit administratif est un corps de principes autonomes par rapport au droit privé.

6. LA PERSISTANTE RECONSTRUCTION PUBLICISTE DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC DANS LA SECONDE MOITIE DU XXEME SIECLE

La reconsidération des perspectives contractuelles dans la reconstruction des concessions favorise de nouvelles réflexions sur la signification de la dimension autoritaire de la puissance publique et sur les espaces de négociabilité de celle-ci, surtout dans la perspective de vérifier la compatibilité d'une structure négociée avec la disposition d'un pouvoir unilatéral de révocation.

En ce sens, la concession de service public représente une jonction dogmatique particulièrement glaçante : l'importance publiciste de l'activité exercée par le concessionnaire entre en conflit avec la bilatéralité inéliminable de la convention de concession ; la stabilité de la concession avec la possibilité de révocation pour des raisons d'intérêt public.

Cette criticité, apparemment inhérente à l'institution, semblait mettre en doute la

³²¹ Sur ce point, C. TURPIN, *Government Contracts*, Harmondsworth, 1972, 72, p. 239 et suivantes. , 337, nt. 119 ; F. P. PUGLIESE, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, Padoue, p. 497 et suivantes.

³²² Ainsi M. D'ALBERTI, *I public contracts nell'esperienza britannica*, Naples, 1984, p. 21.

praticabilité même de la dichotomie public-privé, tant, du moins, que cette dichotomie était fondée, d'une part, sur l'autorité et l'empire, et, d'autre part, sur le consentement et l'accord.

Dans ce contexte, on ne peut, en effet, que reconnaître l'élaboration de la théorie de la mesure, par la doctrine et la jurisprudence³²³, comme une manifestation de la volonté - autoritaire et impérative - de l'administration, capable de produire des effets juridiques unilatéraux sur le destinataire, ce qui a accentué l'impossibilité de reconstruire l'acte administratif dans le sillage de la transaction juridique, exaltant la distinction conséquente des actes administratifs en actes négociés et non négociés³²⁴.

En ce qui concerne les concessions, une partie de la doctrine a douté de leur caractère autoritaire (au sens propre), c'est-à-dire qu'elle a douté qu'elles affectent la sphère juridique d'autrui, sans le consentement d'autrui ; elles restent cependant enfermées dans la sphère publique.

Aucun schéma contractuel ne peut dissimuler la réalité d'un accord qui englobe aussi ou peut englober des manifestations de pouvoir, avec toutes les répercussions de spécialisation que ce "conditionnement publiciste" implique³²⁵.

Falcon s'attarde ainsi sur sa reconstruction des "conventions publicistes" et sur la théorie du contrat de droit public, selon laquelle le régime fonctionnel de la concession, malgré sa structure consensuelle, serait caractérisé - comme pour tout acte de puissance publique - par la contrainte de la finalité³²⁶. Cette théorie tend à montrer que le droit public peut également adopter des structures contractuelles, avec la particularité que le

³²³ Dans le système juridique italien, comme on le sait, il n'existe pas de définition juridique de la mesure. Le système juridique français est évoqué dans le premier chapitre. Dans le système juridique allemand, en revanche, la loi sur la procédure administrative la définit comme "toute mesure, décision ou autre acte d'autorité qui est émis par une autorité administrative pour régler un cas individuel dans le domaine du droit public et qui est destiné à produire un effet juridique dirigé vers l'extérieur" paragraphe 35 *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

³²⁴ F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, Dir. amm., fasc.1, 1995, p. 1.

³²⁵ Ainsi G. FALCON, *Conventions et accords administratifs. Profili generali*, vol. IX, Rome, 1988, p. 2.

³²⁶ G. FALCON, *Le convenzioni publicistiche*, op. cit. p. 290 et s., répond à la tentative de la doctrine de plier l'effet essentiel du contrat, loi entre les parties, à la préservation des prérogatives dues à la partie publique lorsqu'elle agit par des actes unilatéraux. On appelle à un "renoncement au vrai contractualisme", qui est en réalité une forme vide, une alternative fictive à l'unilatéralité de l'acte administratif.

contrat est de "droit public", puisqu'il est de toute façon l'expression de l'autorité du pouvoir administratif³²⁷.

La formule du "contrat public" est choisie par Falcon pour mettre en évidence le caractère non exclusif de la nature unilatérale de la décision administrative, dont l'auteur admet l'adoption consensuelle. La concession ne serait donc pas un contrat, mais une "convention", dans laquelle la publicité de l'intérêt de l'une des parties contractantes serait un élément déterminant de l'affaire globale.

Pour Falcon, l'acte d'adhésion de l'administration à un accord est, et reste, un acte administratif³²⁸, "*soumis aux règles et au régime propres aux actes administratifs*"³²⁹.

Cette thèse, à vrai dire, avait déjà été évoquée par la doctrine précédente³³⁰, mais Falcon a le mérite d'avoir reconnu que la nature juridique différente (acte d'autonomie privée, l'un ; acte administratif, l'autre) des actes unilatéraux d'adhésion au régime conventionnel ne peut être considérée comme un obstacle à la formation d'actes à structure consensuelle.

L'accord est toujours le résultat d'une action administrative, même s'il n'y a pas d'acte unilatéral ayant une individualité autonome, qui remplit la fonction de proposition de la part de l'Administration : dans un premier profil, parce qu'il s'agit du sujet qui adopte une décision en vue de l'intérêt public, impliquant des relations avec toutes les parties légitimées possibles (et les parties contre-intéressées) et, dans un second profil, en tant que sujet qui donne lieu à une manifestation de volonté pertinente au niveau de la négociation avec ceux avec lesquels les négociations sont menées et le contrat sera conclu. Lorsque, comme dans la plupart des cas, l'acte administratif est présent, il constitue un élément formateur du consentement contractuel, mais cela ne constitue en

³²⁷ A l'exception de la position de P. VIRGA, qui nie radicalement l'admissibilité du contrat avec un objet public, les auteurs qui tendent à admettre la figure l'emportent : M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico*, in Nov. Dig. II.

³²⁸ G. FALCON, *op. cit.* et notamment p. 255.

³²⁹ G. FALCON, *ibid.*, p. 257.

³³⁰ Par exemple, les anticipations notables de F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1971, pp. 1482 ff ; et P. VAIANO, *Appunti in materia di convenzioni amministrative*, in Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, II, Rome 1981, p. 645.

principe aucun obstacle³³¹. La construction de l'acte d'adhésion comme un acte administratif discrétionnaire assure, d'un point de vue fonctionnel, une plus grande garantie de l'intérêt public³³².

Dans le sillage publiciste, d'autres auteurs recourent plutôt à la figure de l'acte administratif non autoritaire avec adhésion éventuelle de la partie privée, dans lequel l'impérativité réside dans le pouvoir de choix, qui est la prérogative de l'administration³³³. Selon Sorace et Marzuoli, dans le cas italien des concessions, elles ont représenté "le point de crise de la notion d'impérativité et, avec elle, de celle de mesure administrative"³³⁴. Mais l'expulsion drastique de l'accord du champ de l'action administrative représentait un forçage dogmatique évident. Il y avait trop d'éléments consensuels et augmentatifs dans le même acte concessionnaire pour que l'assimilation stricte de celui-ci à la mesure impérative soit convaincante.

Le point de départ est que l'acte de l'administration peut être considéré comme faisant autorité s'il affecte la sphère juridique d'autrui, et s'il produit de tels effets sans le consentement du titulaire de la sphère affectée. L'accent est mis sur le consentement (qui exclut l'imposition) et non sur le caractère favorable des effets. Il est donc exclu que l'octroi de la concession puisse être considéré, à l'égard du destinataire, comme un acte d'autorité, uniquement parce que "l'ordre juridique ne semble pas connaître l'hypothèse qu'un sujet puisse être concessionnaire de l'administration sans son consentement"³³⁵. Ainsi, l'acte émis par l'administration à la demande de son destinataire, comme c'est généralement le cas en matière de concessions, ne peut être considéré comme faisant autorité à l'égard de ce même destinataire. Ainsi, Sorace et Marzuoli ne remettent pas en cause la possibilité théorique de poursuivre des intérêts publics par le biais d'instruments privés, mais soulignent les conséquences qui pourraient découler du renoncement au régime public : l'intérêt public du contrat serait

³³¹ Cette thèse, bien qu'avec des prémisses opposées, rejoint la thèse coévalente de " l'acte administratif négocié " qui, bien qu'elle concerne les contrats de droit privé de preuve publique, principalement les marchés publics, admet le cumul de profils négociés et administratifs, voir GRECO, p. 97-99.

³³² Ainsi G. FALCON, *op. cit.*, p. 255.

³³³ D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Turin, 1989, p. 285.

³³⁴ Ainsi D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessions administratives*, *op. cit.* p. 290.

³³⁵ Voir D. SORACE, *Promemoria per una voce : "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, p. 751.

considéré comme un intérêt de partie. Dans le contrat de droit public, par contre, les relations de concession sont de véritables relations contractuelles, caractérisées par une rencontre de volontés, mais non pas de droit privé, mais de droit public³³⁶ : " ce qui compte pour la formation du contrat est qu'il y ait le consentement des parties sur le schéma relatif, tandis qu'il n'apparaît pas logiquement indispensable que les actes unilatéraux de détermination de la volonté en ce sens soient qualifiés de négociations privées, étant, au contraire, suffisant qu'ils soient valables selon le régime juridique qui les concerne "³³⁷.

Toutefois, en excluant l'impérativité, un problème demeure quant à l'impact - négatif et involontaire - sur la sphère juridique des tiers. Si les tiers sont juridiquement privés d'un droit ou même d'une faculté juridique, la concession produit également des effets indésirables sur eux (leur consentement n'étant pas juridiquement nécessaire pour l'octroi de l'acte). En ce qui concerne ce profil problématique, il a été dit que "les choix sont l'essence du pouvoir" et que les inégalités déterminées par les choix se produisent de la même manière que les choix et les pouvoirs privés³³⁸. Toutefois, le choix de l'Administration est certainement soumis à une discipline juridique différente de celle relative au choix du particulier et, à la différence de ce dernier, peut (au titre de l'intérêt légitime) porter atteinte à la sphère juridique des personnes exclues du choix lui-même³³⁹. Il s'ensuit qu'il serait paradoxal "de considérer comme impératif l'acte de l'administration contre lequel les tiers ont d'amples possibilités de protection, et comme égal l'acte du

³³⁶ Ainsi D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in Dig. disc. pubbl., III, Turin, 1989, p. 290 selon lequel les concessions administratives ont représenté dès le début de leur construction dogmatique "le point de crise de la notion d'impérativité et, avec elle, de celle de mesure administrative".

³³⁷ D. SORACE, *Promemoria per una nuova 'voce' 'atto amministrativo'*, in Scritti in onore di M. S. Giannini, III, Milan 1988, p. 769.

³³⁸ D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit. p. 290.

³³⁹ D. SORACE, *Mémoire*, op. cit. p. 753, ne reconnaît des effets impératifs à l'acte de concession que lorsque celui-ci éteint les droits des tiers (l'exemple est la concession portant sur des biens collectifs). De manière plus complète, D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit. p. 292, soutiennent qu'"un effet ablatif et donc autoritaire" peut se produire lorsque la concession entraîne la "soustraction d'une jouissance appartenant déjà à la communauté et à ses membres", et supposent que cela peut également se produire dans le domaine des concessions d'activités. Dans tous les cas, l'effet ablatif (et avec lui le caractère autoritaire) se réfère à un acte (explicite ou plus souvent implicite) différent de la concession proprement dite. De plus, cette séparation du profil ablatif du profil concessionnaire est concevable sur un plan logique, mais pas sur un plan juridique.

particulier contre lequel les tiers sont en état de totale sujétion"³⁴⁰.

L'existence du caractère autoritaire ou non de la concession dépend de sa signification : s'il

se manifeste dans la soustraction non consentie d'utilités à des tiers, ce caractère ne peut être reconnu que dans les cas où cette soustraction se produit ; si, au contraire, le caractère autoritaire se fonde sur le pouvoir de choix de l'Administration elle-même, dont l'exercice entraîne nécessairement, ou du moins normalement, avec l'octroi à l'un des intéressés, le refus (ou la soustraction) de l'*utilitas* à tous les autres (aspirants actuels ou même potentiels), ce caractère redevient propre à toute concession. Cette deuxième solution s'impose si l'on met l'accent sur la fonction distributive de l'Administration : dans cette perspective, en effet, on doit nécessairement prendre en compte tous les intérêts privés en quelque sorte "touchés" par la concession, et donc pas seulement l'intérêt du destinataire de la mesure. Il s'ensuit nécessairement que "l'acte de concession augmente le concessionnaire mais enlève à la communauté elle-même ou à d'autres aspirants"³⁴¹.

Selon les auteurs, les concessions se distinguent des autres contrats non pas tant par le fait qu'elles correspondent ou non à d'autres contrats typiques du code (y compris les contrats d'appel d'offres), mais plutôt par leur nature inhérente à des intérêts publics spécifiques, et pas seulement de nature patrimoniale. C'est l'administration qui, par son choix, considère des clauses spécifiques du contrat, en plus des profils directement prévus par le législateur (ceux de la révocation ou de l'intervention substitutive)³⁴². En

³⁴⁰ D. SORACE - C. MARZUOLI, op. cit. p. 291. D. SORACE, *Promemoria*, op. cit. p. 752, s'était auparavant exprimé de manière sensiblement similaire, mais formellement moins élaborée, en affirmant que "même le refus de la concession n'est pas une manifestation d'impérativité, car on voit mal comment il peut être distingué du refus opposé par tout sujet à la demande de cession de tout bien qu'il n'est pas obligé de céder".

³⁴¹ Quelques années plus tard, Sorace lui-même posait le problème de l'autorité des actes qui sont l'exercice du " pouvoir de distribuer les ressources ", arrivant à des conclusions opposées à celles exposées, en observant que " les règles dans lesquelles consiste le régime de la discrétion administrative (le nécessaire respect de la direction politique et la règle de l'impartialité) tendent à atténuer le pouvoir même de la disposition de l'administration, la rendant en définitive (non plus, mais) moins autoritaire que le pouvoir analogue des particuliers ". SORACE, *Démocratie et administration - en mémoire de Vittorio Bachelet*, édité par G. Marongiu et G.C. De Martin, Milan 1992, p. 185.

³⁴² En effet, les concessions et les contrats sont tous deux soumis à la loi. C. MARZUOLI, *Principe de légalité et activités de droit privé dans l'administration publique*, Milan 1984, selon lequel le privé et l'administration sont égaux devant la loi.

ce qui concerne les relations concernant les services, les auteurs rappellent que le cas de concession existe indépendamment de la réserve exclusive en faveur de l'administration. L'activité peut être exercée en concurrence avec d'autres opérateurs, mais "ce qui compte, c'est que l'administration ait assumé parmi ses tâches celle de satisfaire les besoins pour lesquels le service doit être fourni". L'importance organisationnelle est également incontestable, mais n'est pas de nature à conduire à une qualification différente. L'acte d'organisation, en effet, ne peut fonctionner au même niveau que la distinction entre actes administratifs - actes privés - actes d'autorité³⁴³. Sinon, elle regrouperait toutes les autres hypothèses dans lesquelles l'administration, en raison de déficiences structurelles ou contingentes, a recours à des tiers par le biais d'instruments privés (*c'est-à-dire des comités, des entités, des sociétés*).

Les contrats de concession sont soumis à un régime spécial, non pas parce que le pouvoir de l'administration est toujours impératif, mais parce qu'il vise toujours à poursuivre l'intérêt public.

En substance, cette lecture élargit le critère fonctionnel de la concession au détriment du critère de suprématie, mais n'invalide pas la nature juridique de la concession de service public, qui reste administrative. Selon les auteurs, "chaque fois que l'administration publique est titulaire d'un pouvoir de choix, c'est-à-dire d'un pouvoir qui affecte les intérêts des tiers de différentes manières, l'exercice de ce pouvoir doit se faire selon des principes résultants implicitement ou explicitement de la Constitution"³⁴⁴. Par conséquent, quel que soit le statut juridique concrètement utilisé et choisi, les profils de légalité, d'impartialité et de transparence, qu'exige l'exercice d'une fonction matériellement administrative, doivent toujours être soigneusement sauvegardés³⁴⁵.

La nature essentiellement publiciste des concessions de services publics est également confirmée indirectement au niveau législatif lors de l'adoption de la loi portant création du TAR³⁴⁶, compte tenu du choix du législateur de confier à la compétence exclusive

³⁴³ En effet, à côté de l'acte organisationnel unilatéral, il y a encore la présence du contrat avec un objet public, M. S. GIANNINI, *Dir. Amm.*, op. cit. p. 256.

³⁴⁴ D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessions administratives*, op. cit. p. 285 et suivantes.

³⁴⁵ Dans cette perspective, D. SORACE, *The Young Cameo*, op. cit. p. 530.

³⁴⁶ Comme on le sait, la compétence exclusive permet au juge administratif de connaître des litiges, dans certaines matières expressément indiquées par la loi, impliquant des positions juridiques ayant la connotation à la fois d'intérêts légitimes et de droits subjectifs : introduite dans l'ordre juridique italien

des tribunaux administratifs la plupart des litiges relatifs aux concessions de biens et services publics³⁴⁷. En effet, la révocation et la résiliation sont soumises à la compétence du juge administratif, de même que la déchéance pour rupture de contrat par le concessionnaire, elle avait déjà été qualifiée par la jurisprudence de mesure administrative, même si elle a été considérée comme dépourvue d'impérativité dégradante, et donc soumise à la compétence du juge ordinaire, elle est confiée à la compétence exclusive par la loi. La compétence ordinaire en matière de concessions de biens et services publics ne subsiste que pour les litiges relatifs aux indemnités, redevances et autres contreparties (c'est-à-dire tous les litiges de nature indemnitaire, sans spécifier un droit subjectif ou un intérêt légitime). La loi est claire en cumulant, dans la discipline procédurale et dans le point de juridiction, les deux concessions administratives, indépendamment du fait qu'elles aient pour objet des biens ou des services publics, calmant ainsi les conflits exégétiques potentiels, n'offrant aucune raison pour tracer une ligne de démarcation entre les cas distincts de concession et ne donnant aucune raison spécifique pour les concessions de services publics. En plus des données issues de la législation, la jurisprudence élargit la dimension autoritaire de la relation de concession. L'identité entre impérativité et discrétion est soulignée lors de l'affirmation de la compétence du juge administratif, même en référence à des actes qui ne semblent pas avoir un caractère autoritaire³⁴⁸. La jurisprudence administrative de l'époque a reconnu une sphère étendue de compétence exclusive, estimant qu'elle attribue la totalité de la matière, sans faire de distinction entre les droits et les intérêts,

en 1907 et précisée par la loi 2840/1923, qui a été suivie par le texte consolidé des lois sur le Conseil d'État, approuvé par le décret royal 1054/1924. En revanche, sur les effets de la contractualité, qui ont mis à l'épreuve, jusqu'à l'article 5 de la loi TAR, le critère traditionnel de répartition fondé sur la distinction des situations subjectives précisément en raison du lien inextricable avec l'expression des pouvoirs publics, voir A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (édité par), Padoue, 1992, p. 532.

³⁴⁷Art. 5 l. 6. 12. 1971, n° 1034 : Les recours contre les actes et mesures relatifs à la concession de biens ou de services publics sont dévolus aux tribunaux administratifs régionaux. Aux fins de l'identification de la juridiction compétente, l'article 3, deuxième et troisième alinéas, s'applique. Ceci sans préjudice de la compétence de l'autorité judiciaire ordinaire pour les litiges concernant les indemnités, honoraires et autres contreparties, et de la compétence des tribunaux des eaux publiques et du tribunal supérieur des eaux publiques, dans les matières indiquées aux articles 140-144 du Texte consolidé n° 1775 du 11 décembre 1933 (les mots "ou de services" seront supprimés par l'article 33, troisième alinéa, du décret n° 80 du 31 mars 1998).

³⁴⁸ Sur le sujet B. G. MATTARELLA, *L'imperatività*, op. cit. p. 337.

ou entre les règles égales ou faisant autorité³⁴⁹.

En matière de services publics, la reconstruction publiciste est venue caractériser avant tout la relation entre les concessionnaires et les tiers, afin d'exclure d'éventuelles contestations devant les tribunaux ordinaires, tant par les communes tierces que par les usagers³⁵⁰.

Dans les années 1980, la jurisprudence a distingué le pouvoir de contrôle substitutif, qui aboutit à la nomination d'un substitut, un commissaire extraordinaire, du pouvoir de sanction, qui s'exprime par la déchéance³⁵¹. La première est exercée au moyen d'actes d'autodéfense exécutive, avec une fonction réparatrice : leur adoption est justifiée même en cas de danger d'interruption future probable du service et indépendamment des causes qui sous-tendent la situation de dommage ou de danger. Pour la déchéance, en revanche, il est nécessaire que l'irrégularité de gestion dépende du défaut de négligence du concessionnaire et, en l'absence d'une clause expresse de résiliation, elle n'est opérante que par intervention judiciaire³⁵².

La distinction fonctionnelle est accentuée à partir des contrats régis par la loi sur la comptabilité de l'État³⁵³, pour lesquels l'appel d'offres public est obligatoire, au détriment du principe de l'appel d'offres dans les relations contractuelles de l'administration publique avec les tiers, qui a été progressivement écarté, en s'appuyant

³⁴⁹ Voir TAR Emilia-Romagna, 14 janvier 1975, n° 19, in ri. amm. reg., 1975, I, 345 ; Cons. St. sez. VI, 8 juillet 1980, n° 724, Cons. St. 1980, I, 1083.

³⁵⁰ Ainsi P. GOTTI, *La giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali in tema di individuazione dei provvedimenti di concessione di beni o di servizi pubblici*, Communication à la Conférence Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza, 1985. Un rôle important est joué par la "réservation" à l'administration d'une activité qui rend le service relatif public, dont la charge configure de toute façon une concession, indépendamment du contenu du règlement.

³⁵¹ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit.

³⁵² Cons. St. Sec. VI, 9 février 1982, n° 70, dans Cons. St., 1982, I, 156, rappelant la bonne foi et la coopération.

³⁵³ R.d. n° 2840 du 30 décembre 1923, il est fait référence en particulier aux articles 11 et 12 bis concernant les contrats, tels que modifiés par l'article 2 du décret présidentiel n° 627 du 30 juin 1972. Voir également le décret ministériel du 27 novembre 1972. Dans ce contexte, tant l'article 37 du décret royal 827/1924, selon lequel " tous les contrats dont l'État tire des recettes ou des dépenses doivent être précédés d'appels d'offres publics, à l'exception des cas indiqués par des lois spéciales et de ceux prévus dans les articles suivants ", que l'article 41, paragraphe 1, qui lui fait suite et qui contient les cas de négociation privée, sont pertinents, A. MONORCHIO - L.G. MOTTURA, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, 2018.

également sur la notion incertaine de concession³⁵⁴.

C'est précisément en raison de l'absence d'obligation d'appliquer les règles relatives aux preuves publiques que se sont développées des pratiques administratives qui ont conduit à une utilisation déformée des concessions de travaux pour échapper à la rigidité des preuves publiques prévues pour les contrats de travaux³⁵⁵. En particulier, la concession de construction seule permettait de confier au privé la construction de l'ouvrage et les activités annexes, sans attribution de pouvoirs et de responsabilités connexes³⁵⁶.

C'est dans ce contexte déjà caractérisé par de nombreuses incertitudes et incohérences que, à partir des années 1990, le droit européen est entré en jeu.

³⁵⁴ Ainsi F. MERUSI, *Cent anni di municipalizzazione : dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, Dir. amm., 1, 2004, p. 37.

³⁵⁵ Sur le sujet A. MOLITERNI, *La concessione di lavori pubblici*, op. cit. p. 1504.

³⁵⁶ M. S. GIANNINI, *Alcuni punti fermi in tema di opere pubbliche*, in Riv. trim. app. 1986, p. 9. En ce qui concerne la compétence, cependant, il est bien connu que la Cour Suprême de Cassation a attribué à la compétence exclusive du juge administratif les litiges concernant les concessions de construction, avec la configuration conséquente du concessionnaire comme un organe indirect de l'administration, et des actes accomplis par ce dernier, comme des actes objectivement administratifs, même s'ils sont accomplis par une partie privée et dans les formes du droit commun (Cass. SS.UU. 29 décembre 1990 no. 12221).

III.

La concession de services en droit européen

1. L'INTERET DU DROIT COMMUNAUTAIRE POUR LES CONCESSIONS DE TRAVAUX ET SON RAPPORT AVEC LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

À partir des années 1970, un processus d'intégration progressive des concessions dans le champ d'application du droit européen a commencé, en vue d'assurer un renforcement du marché unique³⁵⁷ et dans le contexte d'une transformation plus large des relations entre les autorités publiques et les autonomies privées³⁵⁸, également à la lumière du droit mondial³⁵⁹. Le processus s'est d'abord concentré sur les marchés publics, qui ont dès le départ représenté, dans le cadre du droit public économique, le

³⁵⁷ Ainsi J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 1988 ; M. P. CHITI, *European Administrative Law*, Milan, 2007 ; J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *À propos de la notion de droit administratif européen*, *Revue française d'administration publique* 2007/3 (n° 123), pp. 373 - 385.

³⁵⁸ M. D'ALBERTI, *Pouvoirs publics, marchés et mondialisation*, Il Mulino, 2008 ; G. MARCOU, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, Paris, 1995.

³⁵⁹ Le droit international et le droit administratif global, caractérisés par leur localisation commune dans une sphère ultra-étatique, tels que reconstruits par S. CASSESE, *Crevettes, tortues et procédures. Global standards for national administrative law*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2004, 3, pp. 657 et s. ; S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Rome, 2009, pp. 5 et s. ; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2013. Dans la littérature internationale, voir B. Kingsbury, N. Kirisch, R. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, 68, pp. 15 et suivantes et G. Silverstein, *Globalization and the rule of law : "A machine that runs of itself ?"*, *I. Con*, 2003, pp. 427 et suivantes. Dans le domaine des marchés publics, voir les exemples de l'Accord sur les marchés publics (AMP), conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), voir T. Takase, *The role of concessions in the GATT trading system and their implications for developing countries*, in *Journal of World Trade Law*, 5, 1987, pp. 67 et suivantes.; sur le même AMP nous citons plutôt S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, La Haye, 2003 ; J.B. Auby, *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, août-septembre 2003, 5-10 ; H. Caroli Casavola, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pub*, 2006, pp. 187 et suivantes ; ou encore avec les directives sur les marchés publics, élaborées - depuis 1964 - par la Banque mondiale (BM).

terrain d'élection de l'intégration européenne³⁶⁰. Les premières interventions du droit communautaire ont porté sur le secteur des travaux publics³⁶¹.

Pour réglementer ce secteur, la Commission européenne a choisi l'instrument de la directive³⁶², qui assure un degré équitable de liberté d'action aux États membres. C'est précisément dans cette directive³⁶³, qui coordonne les procédures de passation des marchés publics de travaux et ne traite pas directement de la réglementation des concessions administratives, que le terme concession apparaît pour la première fois au niveau communautaire.

En particulier, le préambule de la législation note l'importance considérable que les concessions de travaux publics acquièrent progressivement dans le système communautaire d'exécution des travaux publics, une importance qui se traduit à la fois par une importance économique et par un élément prépondérant dans la création du

³⁶⁰ Ainsi A. MASSERA, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, op. cit. ; M. PELLEGRINI, *Diritto pubblico dell'economia* ; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*. Toutefois, il convient de souligner que la centralité du secteur des marchés publics dans la politique communautaire n'a pas toujours été une évidence, mais peut être reliée au rapport Cecchini, dans lequel, après avoir reconnu l'échec de la discipline de première génération, une libéralisation complète du secteur des marchés publics était également considérée comme essentielle pour l'intégration des marchés nationaux. En fait, comme le souligne E. Chiti, op. cit. p. 419, le réexamen du sujet a repris " après une période de désintérêt flagrant pour le secteur des marchés publics ", justifié par la volonté de maintenir l'autonomie réglementaire des États membres.

³⁶¹ Premiers domaines de compétence dévolus aux institutions européennes, qui auraient dû être suivis d'autres domaines comme le note F. CAPRIGLIONE, *European post-crisis regulation and research perspectives of economic law : the difficult balance between politics and finance*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, p. 537 et suivantes, " les formes de simple "convergence" économique et juridique mises en œuvre entre les États membres - bien que révélatrices d'une faveur pour la liberté de circulation et d'établissement des personnes et des activités productives - apparaissent certainement inadéquates aux fins de la réalisation du "rêve européen" ".

³⁶² Les premières sources dérivées datent des années 1970 : on se réfère à la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et à la directive 72/277/CEE du 26 juillet 1972 concernant les conditions de publication au Journal officiel des Communautés européennes des avis de marché pour les marchés publics de travaux et les concessions. Ces textes, sans doute partiels, visaient à établir des règles communes pour l'attribution des marchés publics de travaux d'une valeur supérieure à un milliard de lires, dans le but d'assurer une participation maximale aux procédures correspondantes, en fixant des exigences de publicité afin qu'elles soient également connues des entités des autres États membres, et de sauvegarder l'égalité des concurrents potentiels. A. MOLITERNI, *L'appalto di opere pubbliche*, in A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato (eds.), Giuffrè, Milan, tome II, 2018.

³⁶³ Directive n° 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

marché intérieur³⁶⁴. Par la suite, dans le texte de la directive, après avoir défini la notion de marché public de travaux comme un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur pour l'exécution de travaux publics, l'article 3 prévoit que "lorsque la contrepartie des travaux à réaliser consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage commandé, soit dans ce droit assorti d'un prix, les dispositions de la directive ne s'appliquent pas à ce contrat dit de concession". A ce stade, l'intérêt du droit européen pour les concessions est indirect et négatif, compte tenu de la nécessité de circonscrire le champ d'application de la directive aux contrats³⁶⁵.

Très vite, cependant, l'intérêt du droit européen pour les concessions s'est intensifié ; et ce, également à la lumière du développement, au niveau national, d'instruments de négociation publique qui tentaient d'échapper aux mailles de la discipline de preuve publique prévue pour les contrats : c'est le cas de la concession d'une simple construction³⁶⁶, une figure envisagée par le système juridique italien principalement dans les législations sectorielles, pour l'exécution de programmes et d'interventions organiques (où des tâches hautement techniques sont raisonnablement déléguées en dehors de l'administration, sans déboursement immédiat de fonds publics), et répandue en pratique au-delà de sa fonction initiale, pour l'exécution d'un seul ouvrage public, afin de contourner l'application du régime de preuve publique prévu pour les contrats³⁶⁷.

³⁶⁴ A. MOLITERNI, *Le concessioni di lavori pubblici*, op. cit.

³⁶⁵ Ainsi M. S. GIANNINI, *La concessione di opere* ; A MOLITERNI, *L'appalto di opere pubbliche*, op. cit.

³⁶⁶ Comme indiqué dans le premier chapitre, en droit interne, l'aspect organisationnel des concessions de travaux et le choix organisationnel de l'administration publique étaient suffisants pour confier à un tiers des tâches publiques, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une mise en concurrence. Le système, initialement prévu par l'art. 2 de la loi n° 444 du 12 juillet 1908 sur les chemins de fer concédés à l'industrie privée (aujourd'hui art. 24 et suivants du décret royal n° 2150 du 2 août 1929), s'est largement développé, notamment dans les opérations de bonification (art. 17 du décret royal n° 3256 du 30 décembre 1923 ; art. 13 du décret royal n° 215 du 13 février 1933). Ce système a été étendu aux travaux de toute nature par le décret-loi n° 107 du 6 février 1919 : l'article 16 stipule que le ministre des Travaux publics, en accord avec le ministre du Trésor, peut accorder aux provinces, aux communes, aux consortiums et aux particuliers, l'exécution et l'exploitation éventuelle de travaux de toute nature pour le compte de l'État. Les dépenses à la charge de l'État pourraient être réparties en cinquante tranches annuelles au maximum, capital et intérêts compris. Voir A. MOLITERNI, op. cit. , p. 1505.

³⁶⁷ C'est ce que souligne la doctrine (M. S. GIANNINI, *Punti fermi in materia di opere pubbliche*, in Riv. Trim. app, 1986, 9), et par la jurisprudence (Corte dei Conti, sez. cont. stato, 23 août 1995, n° 111,

C'est en partie pour cette raison que, dans un premier temps, la concession de travaux a été assimilée à toutes fins utiles au marché de travaux³⁶⁸ ; elle a ensuite été définitivement supprimée de la législation³⁶⁹.

Outre ce profil "pathologique", l'instrument de la concession de travaux se dessine dans le périmètre du droit européen, en mettant l'accent à la fois sur l'expansion du marché unique et sur sa "contestabilité" entre parties privées, à l'instar des contrats³⁷⁰.

En substance, s'affirme de plus en plus une image du modèle concessionnaire comme un contrat à objet analogue à celui d'un marché public de travaux, ne se distinguant de ce dernier que par le fait que la contre-prestation des travaux réalisés consiste en un droit de gestion de l'ouvrage³⁷¹.

De cette façon, la législation communautaire a impulsé un processus d'atténuation progressive de la spécificité des concessions par rapport aux marchés publics, en prévoyant que, même pour la conclusion d'une concession, il était nécessaire d'assurer le respect du principe de non-discrimination sur la base de la nationalité, avec une limitation claire des espaces de discrétion dans le choix du concessionnaire qui,

in Riv. C. conti, 1995, fasc. 6, 7, selon laquelle l'attribution de concessions de travaux en vertu de la loi n° 1137 de 1929, représentait une méthode procédurale plus complexe que les appels d'offres et plus lourde pour l'administration, et ne devait donc être utilisée que dans le cas de la réalisation d'un vaste programme d'interventions, lorsque le lien entre les activités de construction et de planification était indispensable).

³⁶⁸ Par conséquent, les concessions de construction sont également soumises en grande partie à la législation sur les preuves publiques, la directive 71/305/CEE du 26.7.1971, mise en œuvre par la loi n° 584 du 8.8.1977.

³⁶⁹ Ainsi, la directive du 12.12.1989, n° 89/440/CE, transposée par le décret législatif n° 406 du 19.12.1991, après avoir défini les relations contractuelles en général (art. 4, alinéa 1) a reconnu comme concessions uniquement les contrats caractérisés par une contre-prestation en faveur de la société ou de l'entité concessionnaire comme le droit de gérer l'ouvrage, ou dans ce droit accompagné d'un prix (art. 4, alinéa 2). La loi postérieure n° 109/1994, opérant dans le cadre progressif de la réorganisation de la matière, également dans le but de limiter l'exposition des contrats aux phénomènes criminels, a aboli de manière générale la figure de la concession de construction seule, permettant aux administrations d'attribuer des concessions uniquement dans le cas où leur objet, outre l'exécution, était la gestion des travaux (art. 19, al. 2).

³⁷⁰ Voir F. PELLIZZER, *L'affidamento*, op. cit. , p. 2550.

³⁷¹ Une approche européenne pratique se fonde sur l'hypothèse que les concessions sont des actes imputables à l'État (voir l'affaire C-31/78, Gebroeders Beentjes contre les Pays-Bas) par lesquels une autorité publique (les autorités administratives prendront-elles le relais ?) confie à un sujet, soit par contrat, soit par un acte unilatéral avec le consentement de l'autre sujet, la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement des prérogatives de l'État et dont le sujet en question assume le risque.

pendant plus d'un siècle, avait représenté l'un des principaux éléments de distinction des marchés publics³⁷².

Cette voie reçoit notamment une forte impulsion de la directive 89/440/CE du Conseil³⁷³, qui introduit des dispositions plus détaillées concernant les concessions ; en particulier, les règles de publicité prévues pour les marchés sont étendues aux concessions de travaux publics³⁷⁴ ; ainsi que de la directive 655/89/CEE relative aux procédures de recours en matière de marchés publics³⁷⁵.

La réglementation des concessions de travaux est certes moins structurée que celle prévue pour les marchés, mais elle lie les concessions à la non-discrimination sur la base de la nationalité, à des dispositions en matière de publicité et au respect de délais

³⁷² L'article 3, paragraphe 3, stipule : "Si l'État, un établissement public territorial ou une des personnes morales de droit public mentionnées à l'annexe 1, concède à un concessionnaire autre que les pouvoirs adjudicateurs le droit de faire exécuter et gérer des travaux publics, les actes de concession doivent stipuler que le concessionnaire doit respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité". Sur la réduction de l'activité discrétionnaire comme phénomène typique de la réglementation actuelle du marché M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercato e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 99 ; sur l'instrument concessionnaire N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.

³⁷³ Directive modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

³⁷⁴ La définition de la "concession de travaux publics" est un contrat qui présente les mêmes caractéristiques que celles visées au point a) (c'est-à-dire un marché), sauf que la contrepartie des travaux consiste uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, ou dans ce droit assorti d'un prix. Elle est complétée par la disposition expresse de l'annexe V consacrée au modèle d'avis de concession de travaux publics et de l'annexe VI relative au modèle d'avis de marché pour les marchés passés par le concessionnaire. La Dir. n° 89/440/CEE en modifiant la directive 71/305/CEE concernant la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux prévoit l'application de la discipline de la publicité également dans le secteur des travaux publics ; et la Dir. 14.6.1993, n° 93/37/CEE qui prévoit l'application de la preuve publique également aux "contrats" de concession de travaux.

³⁷⁵ Journal officiel, L 395, 30/12/1989, pp. 33 et s. Sur la directive 89/665/CEE - et sur les problèmes généraux de protection procédurale pour les procédures de preuves publiques liées aux contrats de l'administration publique - voir R. CARANTA, *Judicial protection against Member States : A new jus commune takes shape*, in *Common Market Law Review*, 1995, pp. 703 et s. ; G. DELLA CANANEA, *Beyond the State : the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, 2003, 9, 4, pp. 563 et suivants ; G. MORBIDELLI, *Notes introductives sur la directive recours*, 1991, pp. 829 et suivantes ; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti : studio sull'influenza dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milan, 1997 ; M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche : natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Milan, 2004.

minimaux pour la réception des candidatures³⁷⁶. En revanche, il n'existe encore aucune disposition concernant les procédures de sélection du concessionnaire de travaux, dont la détermination est donc laissée aux choix des différents États membres³⁷⁷.

Dans les années 90, le droit communautaire a continué à renforcer la discipline des concessions, à la fois parce qu'il devenait de plus en plus évident qu'elles étaient capables d'avoir un impact fort sur la création et le fonctionnement du marché unique, et parce que son rôle potentiel comme vecteur de renforcement des valeurs communes du modèle européen était perçu³⁷⁸. En 1991, la Commission européenne a tenté une première fois de réglementer directement les concessions de services³⁷⁹ : toutefois, les adversités politiques et le cadre juridique et réglementaire très diversifié des États membres ont contrecarré cette première approche et, dans le projet final de la directive, toutes les références aux concessions de services et, avec elles, aux concessions de services publics ont été supprimées. Cela a contribué à exacerber le problème de la compatibilité de l'institution concessionnaire avec le droit européen, en contribuant à différencier, également au niveau interne, le régime des différentes concessions : celles

³⁷⁶ Les directives de "première génération" ont été complétées au cours des vingt années suivantes par les directives 77/62/CEE, 80/767/CEE, 88/295/CEE, relatives aux marchés publics de fournitures, ainsi que par la directive 89/440/CEE, modifiant la directive 71/305/CEE précitée, relative aux marchés publics de travaux. Cependant, le Parlement européen et le Conseil de la Communauté européenne ont révélé l'inadéquation de ces sources dérivées pour faire respecter leurs dispositions, car elles ne contenaient aucune disposition spécifique pour assurer une application effective. C'est pourquoi, avec la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 (dite "première directive sur les recours"), les institutions communautaires ont jugé nécessaire d'assortir les règles de fond susmentionnées d'un texte spécifiquement destiné à garantir que leur violation ne reste pas sans effet.

³⁷⁷ Ainsi T. L. MARGUE, *L'ouverture des marchés publics dans la Communauté*, RMUE, 1991, n° 2, p. 143 ; N. CATALÀ, *L'Europe et les marchés publics*, Eyrolles, 1994.

³⁷⁸ Ainsi B. PLESSIX, *Droit Administratif*, op. cit. Au début des années 90, avec le développement des principes communautaires de libéralisation des activités économiques, intégrant les objectifs énoncés dans l'Acte unique européen de 1986 et les exigences représentées par la Commission dans son rapport au Conseil de 1984 et dans le Livre blanc sur le marché intérieur de 1985, la CEE est intervenue avec plus de force dans ce domaine, avec les directives 92/50/CEE (sur les procédures de passation des marchés publics de travaux) 93/36/CEE (sur les procédures de passation des marchés publics de fournitures), 93/37/CEE (sur les procédures de passation des marchés publics de services) et 90/531/CEE et 93/38/CEE (sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications).

³⁷⁹ Voir la proposition 91/C 250/02. V. Aa.Vv., *Gli appalti pubblici di fornitura : analisi della disciplina italiana e comunitaria*, Milano, 1996 ; F. CARINGELLA (ed.), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999 ; F. Mastragostino (ed.), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998.

soumises au droit européen (travaux publics) et celles (relatives aux biens et services publics) qui continuaient à être réservées à la réglementation de l'État.

En revanche, le législateur européen a continué à s'intéresser aux concessions de travaux³⁸⁰, réservant à cet instrument des règles concises sur la passation, ainsi que sur l'attribution des contrats par le concessionnaire de travaux lui-même³⁸¹.

En ce qui concerne les services, la directive 92/50/CEE ne concerne que les contrats de service public, c'est-à-dire les contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un prestataire de services et une entité adjudicatrice³⁸². Dans cette perspective, la Commission exclut que cette directive puisse être applicable aux contrats de concession de services, car sinon, cette forme de concession serait soumise à une procédure plus complexe que celle des concessions de travaux. D'autre part, comme cela a été dit, l'opportunité de réglementer également les "concessions de service public"³⁸³, présentée par la Commission au Conseil des Communautés européennes³⁸⁴, a été abandonnée dans le texte final de la directive sur les marchés publics.

Malgré le manque d'intérêt du droit positif pour les concessions de services, non

³⁸⁰ En particulier avec la directive 93/37/CEE.

³⁸¹ En particulier, en ce qui concerne l'attribution de concessions de travaux, la directive 93/37/CEE n'exigeait qu'une publicité préalable, même pour les attributions entre personnes morales publiques, mais laissait le concédant libre de choisir la procédure la plus appropriée et, notamment, de recourir à une procédure négociée. En ce qui concerne l'attribution de concessions de travaux, lorsque le concessionnaire n'est pas un pouvoir adjudicateur, la directive prévoit que seules les règles de publicité s'appliquent.

³⁸² Voir F. GOISIS, *Rapporto di controllo, scelta del gestore di servizio pubblico, principio di diritto comunitario*, in Dir. proc. amm. fasc. 2 2000, p. 586. La communication interprétative est commentée par Spinelli, *Brevi considerazioni in ordine alla comunicazione interpretativa in materia di concessioni della U.E.* in Riv. quadri. dei pubblici servizi, 1999 p. 85. Voir aussi R. ARNOLD, *Revue française de droit administratif*, 1/2000, 24. Concernant la référence de la Commission au "respect des traits", une plus grande précision sur les modalités concrètes de choix avec lesquelles le concessionnaire devrait être sélectionné aurait été "particulièrement appropriée".

³⁸³ Disposition contenue dans la proposition 91/C 250/02.

³⁸⁴ Ainsi le 28 août 1991, dans le JO C-250/4 du 25 septembre 1991.

seulement au niveau doctrinaire³⁸⁵, mais surtout au niveau de la jurisprudence³⁸⁶, des orientations s'affirment qui tendent à étendre, concrètement, une obligation générique de compétitivité également aux concessions de services, en raison de la lettre de l'article 3, qui dispose que " pour passer des contrats de service public (...) les autorités appliquent des procédures adaptées aux dispositions de la présente directive ". En substance, à la lumière de cette reconstruction, l'objet " service public " permettrait de placer sous le régime de la preuve publique tout acte d'attribution négocié, y compris les concessions.

Par la suite, la directive 93/38/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications est intervenue. Les contrats de concession sont exclus du champ d'application de la directive car la contrepartie fournie par la première entreprise à la seconde consiste "seulement" à permettre à cette dernière d'exploiter sa prestation. Bien que ces marchés soient exclus, les entités adjudicatrices sont tenues de respecter les principes fondamentaux et notamment celui de la non-discrimination en raison de la nationalité, principe qui implique également un devoir de transparence³⁸⁷. La transparence exige un degré adéquat de publicité et de contrôle sur les procédures d'attribution. Il appartiendra à la juridiction nationale de décider si ces principes sont respectés ou non³⁸⁸.

³⁸⁵ Ainsi G. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in Dir. amm 1994, p. 245, selon lequel "l'accord n'a pas été atteint sur cette proposition en renonçant, pour un moment, à la réglementation des concessions de services publics. En fait, la directive prévoit simplement que "pour l'attribution de contrats de service public", les administrations appliquent des procédures "appropriées". Il appartient donc aux différentes administrations de rapprocher progressivement leur réglementation interne de celle de la Communauté, puisqu'elles doivent également adapter aux principes F l'attribution d'activités non expressément réglementées. GIGLIONI, *Observations sur l'évolution de la notion de service public*, in Foro amm. 1998, pp. 2265 et suivantes. la référence implicite aux procédures adaptées rend la règle encore faible, mais claire dans son intention d'étendre cette procédure également aux services publics, qu'ils soient contractés ou accordés.

³⁸⁶ Voir *Alpine Investments BV c. Minister van Financien*, affaire C-384/93, 10 mai 1995, où l'applicabilité de l'article 59 est également étendue aux restrictions non discriminatoires.

³⁸⁷ Et ce, après la directive b. 89/440, la CEE leur avait déjà étendu les règles de la publicité.

³⁸⁸ Les concessions sont des actes de l'État qui établissent les conditions auxquelles est soumise une prestation d'activités économiques. Il en découle que sont considérés comme des principes économiques par la jurisprudence de la Cour : la libre circulation des marchandises (art. 28-30 TUE), la libre prestation des services et l'établissement (art. 43-55), la compatibilité des droits spéciaux et exclusifs avec le libre marché et la concurrence (art. 86). L'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité (art. 12) fait l'objet d'une dérogation légitime dans le cas d'un emploi dans l'administration,

En substance, on veut rendre indifférent pour l'administration, en ce qui concerne le respect des principes susmentionnés, le fait d'agir par le biais d'un contrat ou d'une concession, mais seulement en ce qui concerne les travaux.

En 1996, la Commission a adopté le "Livre vert sur les marchés publics"³⁸⁹. Il y est noté que le recours aux concessions concerne l'intention des pouvoirs adjudicateurs d'assurer une meilleure gestion des services³⁹⁰. Dans tous les cas, cependant, elle précise l'obligation de respecter les dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens et des services, ainsi que les principes fondamentaux de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de reconnaissance mutuelle³⁹¹. Puisque la concession doit être attribuée sur la base de critères objectifs et transparents, de manière à assurer en tout état de cause la concurrence entre les parties intéressées par la concession, les mêmes procédures prévues par la "directive marchés publics", concernant les fournitures, les services ou les travaux, pourraient être observées pour le choix du concessionnaire. Cette possibilité ne représente pas une obligation imposée par le législateur communautaire sur la base de la législation existante en matière de contrats, mais esquisse plutôt une "liberté conditionnelle" pour le législateur national, en attribuant à la Commission la tâche de n'intervenir qu'en cas de violation du droit communautaire et de l'article 86 du traité, violation essentiellement imputable à un contrôle des conditions de concurrence suite à l'attribution et à l'exercice de la concession.

Dans le livre vert, la Commission invite les États membres à "prévoir des formes de concurrence pour l'octroi de droits exclusifs de fourniture de services publics par un système de concessions"³⁹². L'introduction de telles règles, préservant la possibilité de recourir à la concession de droits exclusifs lorsque ceux-ci sont nécessaires pour assurer la meilleure gestion d'un service public ou d'un service d'intérêt économique

même si elle est interprétée de manière restrictive. Es violation du principe Affaire c 360 (89 3 juin 1992 Commission c. Italie, Rec. p. 3401 de la loi n° 80 1987) selon laquelle le concessionnaire devait attribuer entre 15 et 30% des travaux couverts par la concession à des entreprises ayant leur siège social dans la région où les travaux devaient être réalisés. Principe d'égalité, dont la non-discrimination sur la base de la nationalité n'est qu'une spécification ; recueil Ubershar 8 octobre 1980 p. 2747.

³⁸⁹ Le 27 novembre 1996, COM (96) 583.

³⁹⁰ Ainsi, le point 3.25.

³⁹¹ Ainsi, le point 3.26.

³⁹² Ainsi, le paragraphe 3.27. Voir le commentaire de C. BARNARD - J. SCOTT, *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Oxford, OUP, 2002.

général, aurait pour objectif de faciliter l'accès de nouveaux opérateurs, publics ou privés, aux marchés de services ; d'introduire, chez les opérateurs existants, une dynamique commerciale plus réactive aux demandes des usagers³⁹³.

Dans sa communication ultérieure de 1998³⁹⁴, la Commission consacre un chapitre au "traitement des concessions et autres formes de partenariat public-privé", notant qu'"à l'heure actuelle, seules les concessions de travaux sont soumises à un régime spécifique établi par une directive" ; il est rappelé que les concessions de services, les contrats de service public ou d'autres formes de partenariat de services continuent à ne pas être couverts par le droit européen (ceci exclut les procédures d'attribution dans lesquelles, pour des raisons d'intérêt public, les États membres restreignent l'accès aux liaisons aériennes intracommunautaires ou l'assistance en escale dans les aéroports communautaires).

Comme indiqué, les règles et principes du traité, tels que l'égalité de traitement et la non-discrimination, sont applicables, mais leur application à des cas concrets n'est pas toujours simple.

C'est pourquoi un cadre juridique pour ces phénomènes est nécessaire pour clarifier et simplifier les conditions dans lesquelles ils peuvent avoir lieu et assurer ainsi une plus grande sécurité juridique. A cette fin, et dans la poursuite de l'objectif de simplification de la législation, la Commission propose d'établir des principes uniformes pour tous les cas de concessions, d'abord en élaborant un document interprétatif destiné à clarifier et à préciser les règles et principes qu'elle considère applicables aux concessions et, dans un deuxième temps, en proposant une modification des directives destinée à couvrir toutes les formes de concessions qui ne sont pas encore réglementées : "Il s'agirait de s'assurer" - note la Commission sur ce point - "que le choix du partenaire intervient après une ouverture à la concurrence communautaire avec publication préalable et application d'un minimum de règles procédurales qui, pour répondre à un besoin de flexibilité, permettent un large recours au dialogue entre les parties intéressées, dans le respect, entre autres, du principe d'égalité de traitement"³⁹⁵.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ Document CON (98) 143, 11 mars 1998.

³⁹⁵ *Ibid.*

2. LA NOTION DE CONCESSION DANS LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION ET DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Un pas en avant vers l'introduction d'une discipline initiale sur les concessions de services a été réalisé avec la publication de la communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000, qui s'inscrit dans le contexte des initiatives du Livre blanc sur les marchés publics, visant à clarifier et à simplifier le droit des contrats publics³⁹⁶. Le projet de communication révèle une volonté de se concentrer sur les seules concessions et non sur d'autres formes de partenariat public-privé déjà utilisées dans les États membres³⁹⁷.

La question de la définition et du fond, qui a beaucoup occupé la doctrine italienne et française, se fait également sentir dans le débat européen. Pour la première fois, cependant, les concessions sont définies en termes assez larges comme "tout acte de l'État, contractuel ou unilatéral, établissant les conditions auxquelles est soumise une prestation d'activités économiques [...]"; il est fait référence aux "actes attribuables à

³⁹⁶ Le "Livre blanc" sur les marchés publics du 11 mars 1998. Dans ce contexte, la Commission s'était fixé pour objectif de clarifier et de simplifier l'application des règles et des principes du traité dans le domaine des concessions, notamment en ce qui concerne les concessions de services, les marchés publics de services ou d'autres formes de coopération concernant les services. En particulier, la Commission avait envisagé deux phases d'intervention, une première consistant à élaborer un document interprétatif destiné à clarifier et à préciser les règles et principes applicables aux concessions, afin de déterminer dans quelle mesure les règles des marchés publics étaient capables, à la fois, d'assurer le respect des règles du traité et de faciliter d'autres formes de partenariat. Une deuxième phase visait à modifier les directives existantes afin de garantir que toutes les formes de concessions qui ne sont pas réglementées le soient. Pour un commentaire à ce sujet, voir C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in Giorn. dir. amm., XII, 2000, 1253 ; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in Urb. e app., X, 2000, p. 1061.

³⁹⁷ En ce qui concerne le projet de communication, la Commission a limité son champ d'application aux seules concessions, s'abstenant de traiter d'autres formes de coopération utilisées par les États pour recourir au financement et à l'expertise privés, et excluant également de son objet l'interprétation de certains régimes spécifiques découlant de directives adoptées, par exemple, dans les secteurs de l'énergie ou des transports. Cette communication constitue l'acte final du processus d'interprétation entamé par la Commission avec le projet de communication du 24 février 1999, dont le but était de clarifier les règles en vigueur en matière de concessions - notamment les directives 93/37/CEE relative aux marchés publics de travaux, 92/50/CEE relative aux marchés publics de services et 93/38/CEE relative aux marchés dans les secteurs des transports, des télécommunications, de l'eau et de l'énergie - en vérifiant dans quelle mesure la législation communautaire était appliquée à l'établissement de concessions et d'autres formes de partenariat public-privé.

l'État par lesquels une autorité publique confie à un sujet, soit par un acte contractuel, soit par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce sujet"³⁹⁸.

Dans le contexte européen, l'élément caractérisant la relation de concession est donc clairement déplacé de la nature de l'acte constitutif - qui peut également être de droit privé - vers les exigences économiques et de gestion de la relation : en particulier, pour qu'il y ait concession, il est nécessaire que le concessionnaire assume le risque de la gestion d'un service rendu au public, par la perception d'une redevance³⁹⁹. Par conséquent, même dans les concessions de services, il y a un "transfert de responsabilité de gestion"⁴⁰⁰. En particulier, le *condicio sine qua non* pour l'existence d'une concession devient la prise en charge du risque de gestion par le concessionnaire d'un service rendu au public.

La distinction entre un contrat et une concession est confirmée, consistant dans le transfert au privé du risque lié à la gestion, de sorte que les aspects techniques, financiers et de gestion de l'intervention sont impliqués en même temps⁴⁰¹.

La communication précise que, bien que les concessions de services ne relèvent pas du champ d'application de la directive sur les marchés publics, les principes du traité et, en particulier, les dispositions établissant les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité doivent néanmoins s'appliquer. La Commission rappelle, en effet, que " les mesures restrictives, même non discriminatoires, sont contraires aux articles 52 et 59 lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général dignes de protection "⁴⁰², menaçant ainsi une obligation générale de soumissionner.

Partant du principe que l'institution de la concession présente les mêmes caractéristiques que le contrat, la Commission a eu recours à une interprétation analogique de la "directive travaux", pour arriver à l'affirmation que l'élément

³⁹⁸ Il convient toutefois de noter que la communication interprétative sur les concessions du 29 avril 2000 (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire 2000/C 121/02, in www.eur-lex.europa.eu., sur laquelle voir ci-dessous) a fait preuve, peut-être aussi en raison de son caractère général, d'une certaine prudence.

³⁹⁹ Ainsi, le paragraphe 2.2.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ Cet élément de différenciation était en vérité déjà présent in nuce dans la définition communautaire des concessions de travaux publics, contenue dans l'article 1er, point d), de la directive 93/37/CEE précitée, ainsi que, en remontant dans le temps, dans la directive 89/440/CEE.

⁴⁰² Voir la note de bas de page 21.

caractérisant la concession de services par rapport au contrat de services est, comme pour la concession de travaux, le risque de gestion. Par conséquent, selon la communication, une concession de services existe dès lors que l'adjudicataire assume le risque de la gestion économique du service fourni. L'administration peut confier des droits spéciaux ou exclusifs à des personnes privées pour la gestion de services par le biais d'un acte contractuel ou d'un acte unilatéral, après avoir obtenu le consentement du cocontractant⁴⁰³.

En substance, l'élément discriminant de la concession par rapport au contrat se trouvait précisément dans la contre-prestation du concessionnaire, c'est-à-dire le droit de gérer l'ouvrage ou le service, avec le transfert conséquent et implicite du risque de gestion. En effet, selon la Communication, les concessions dans lesquelles le concessionnaire ne supporte pas une part significative du risque de gestion, devraient être qualifiées de contrats, avec l'application conséquente de la discipline plus contraignante et restrictive. En particulier, l'absence de risque de gestion existe dans l'hypothèse où le risque, dérivant de la rentabilité incertaine du capital investi, est exclu de la contribution reconnue au concessionnaire par le concédant. Sur ce point, la Commission a précisé que la vérification pratique de l'existence du risque de gestion devait être effectuée au cas par cas, en prenant en considération tout indice utile à cet effet⁴⁰⁴.

La position de la communication sur le critère de distinction entre les concessions de travaux et de services revêt également une importance considérable.

En effet, reprenant des principes déjà connus des directives sur les marchés publics, il a été précisé que, pour identifier l'objet du marché, il fallait se référer au critère de prévalence fonctionnelle, c'est-à-dire au service principal fourni, par rapport auquel les autres services sont qualifiés d'accessoires⁴⁰⁵. Par conséquent, la Commission,

⁴⁰³ Voir le point 2.4.

⁴⁰⁴ "Il est vrai que même dans les marchés publics, il arrive qu'une partie du risque soit supportée par le contractant. Cependant, le risque lié à l'aspect financier de l'opération, que l'on pourrait définir comme "risque économique", est spécifique au phénomène des concessions. En effet, ce type de risque, qui dépend étroitement des revenus que le concessionnaire peut tirer de l'utilisation, constitue un élément important pour distinguer les concessions des marchés publics". Point 2.1.2 de la communication.

⁴⁰⁵ À cet égard, en vue d'harmoniser les règles déjà établies sur la distinction entre les deux types de concessions, le paragraphe 2.3 de la communication se référait au considérant 16 de la directive "services" 92/50/CEE, qui stipulait que les marchés publics de services pouvaient, dans certains cas,

conformément à la jurisprudence communautaire en la matière, a estimé qu'une vérification préalable de l'objet principal du contrat de concession était nécessaire : si l'objet principal du contrat était la construction d'un ouvrage, la directive sur les travaux devait s'appliquer. En revanche, si l'objet principal de la concession était la gestion d'une œuvre, même accompagnée d'œuvres, les principes du traité et la jurisprudence de la Cour de justice auraient dû être appliqués⁴⁰⁶.

En ce qui concerne les types de risques que le concessionnaire aurait dû assumer, la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que "des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs de jugement de la part de l'opérateur

comporter des travaux, sans que cela entraîne la qualification de travaux, si ces derniers sont accessoires et ne font pas l'objet du marché.

⁴⁰⁶ En ce qui concerne le concept de risque, il convient de mentionner la décision du 11 février 2004, dans laquelle Eurostat a fourni des orientations importantes sur le point à l'étude. En particulier, dans sa décision du 11 février 2004, l'Office statistique des Communautés européennes a précisé les conditions dans lesquelles la construction d'une infrastructure devait être comprise comme étant supportée par le budget public ou par le secteur privé, lorsque l'État ou un autre organisme public - indépendamment du fait que la demande émane de la partie publique elle-même ou de tiers - était le principal acheteur des biens et services fournis par l'infrastructure. Quant au risque, le risque lié à la demande se réfère au volume de la demande du service que le partenaire privé finit par satisfaire. En d'autres termes, la demande d'un service peut varier indépendamment de sa qualité. Ce n'est que lorsque les paiements publics sont liés à la quantité réelle demandée pour ce service par les utilisateurs que ce risque est assumé par la partie privée. Au contraire, lorsque, par exemple, l'administration perçoit les recettes d'utilisation directement auprès des usagers, en garantissant au concessionnaire une redevance d'utilisation qui n'est pas proportionnelle à la demande des usagers, ou verse un "minimum garanti" important (dit "take-or-pay") au concessionnaire, le risque lié à la demande est ici supporté par le public. Dans l'ensemble, selon Eurostat, un ouvrage réalisé en partenariat ne devait pas affecter les budgets publics à condition que le partenaire privé ait effectivement supporté (c'est-à-dire en vertu d'un accord de négociation effectif) deux des trois risques, à savoir le risque de construction et au moins un des deux autres risques (risque de disponibilité ou risque de demande). Pour qu'un risque soit réellement supporté, il fallait donc, selon l'Autorité statistique, qu'il soit susceptible d'avoir des conséquences financières importantes. Dans le cas contraire, si le risque n'était pas transféré au secteur privé (c'est-à-dire qu'il n'était de toute façon pas significatif), les travaux réalisés en partenariat auraient dû peser sur les budgets publics, avec toutes les conséquences en termes d'impact sur le déficit. En résumé, selon Eurostat, pour que l'on puisse dire que le risque économique est attribué au concessionnaire, il doit être significatif, c'est-à-dire de nature à remettre en cause l'équilibre économique de l'opération, et il peut toutefois consister, alternativement, en un risque de disponibilité ou de demande. Toutefois, cette position flexible ne semble pas, à certains égards, coïncider avec la position adoptée par la jurisprudence communautaire ultérieure, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles le risque économique peut être considéré comme étant supporté par le concessionnaire. Dans un sens partiellement différent, CJCE, 10.3.2011, C-274/09, Stadler.

économique ne sont pas déterminants pour la qualification d'un contrat en tant que contrat"⁴⁰⁷.

La communication interprétative, bien que non contraignante et ayant alimenté un fort débat doctrinal sur sa portée même⁴⁰⁸, a néanmoins offert un cadre suffisamment clair sur les principes applicables aux concessions de travaux publics et de services, qui s'inscrit harmonieusement dans les dispositions des traités généraux et dans l'élaboration concomitante de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁰⁹.

Dans un tel contexte, la Cour de justice a donc un rôle fondamental à jouer pour clarifier les règles applicables aux concessions.

Tout d'abord, on a essayé de clarifier quand il s'agit d'une concession de services ou d'un contrat.

Dans l'affaire Lottomatica⁴¹⁰, l'État italien a fait valoir que le système d'automatisation du loto italien était considéré comme une concession de service public et a donc estimé que la concession ne relevait pas du champ d'application de la directive 77/62/CEE. La Cour a rejeté cet argument et a déclaré que "l'introduction du système d'automatisation litigieux n'implique aucun transfert de compétences au concessionnaire en ce qui

⁴⁰⁷ Pt. 37 et suivants, CE, 10 mars 2011 C-274/09 Stadler. Egalement arrêt du 15 octobre 2009, C-196-08, Acoset.

⁴⁰⁸ Ainsi M. LONG, *Vers une Europe des délégations de service public* : Mon. TP, 3 déc. 1999, p. 104. - X. BESANÇON, *L'Europe des concessions* : 9 mai 2000. - J. ARNOULT, *Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire* : RFD adm. 16 sept.-oct. 2000, p. 1016. Selon M. MATTERRA, *Commission européenne : Revue concession et délégation de service public*, 1999 : la communication ne représente pas, selon la doctrine, une "magna charta" ou même une "soft law", à laquelle les opérateurs se réfèrent en l'absence de dispositions législatives.

⁴⁰⁹ Dans G.U. c. 364 du 18 décembre 2000, art. 36 "Afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne".

⁴¹⁰ Voir l'affaire C-272/91, 26 avril 1994. Ces critères, en partie empruntés à la figure de la concession de construction et de gestion, propre à la directive sur les marchés publics de travaux, ont d'ailleurs été repris par la jurisprudence de la Cour dans son arrêt du 26 avril 1994, affaire C-272/91, *Commission c/. Italie*, connue sous le nom de Lottomatica (au Recueil I-14009, considérations soulignées par LEGGIADRO, *Il progetto di comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni. Il Commento*, in Urb. e Appalti, 2000, p. 19, nt. 9 et Carbone - Caringella - De Marzo (ed.), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Commentaire*, cité, p. 378, nt. 11. Pour un commentaire de l'arrêt, B. MAMELI, *La libera concorrenza nazionale : un limite per il diritto comunitario*, in Urb. e appalti, 2000, p. 220.

concerne les différentes opérations inhérentes au jeu de loto" et qu'il était "constant que le contrat en question avait pour objet la fourniture d'un système d'automatisation intégré qui comprenait, notamment, la fourniture de certains biens à l'administration publique"⁴¹¹.

En outre, la Cour a été appelée à circonscrire le champ d'application des principes "généraux" des marchés publics, qui ont été progressivement définis comme étant applicables au-delà du champ d'application des directives spécifiques, ainsi que des dispositions des traités de la Communauté européenne et de la Charte des droits fondamentaux. Cette extension a été sanctionnée tant au regard du principe de non-discrimination en raison de la nationalité du concessionnaire, dans le cas d'un droit exclusif/social⁴¹², qu'au regard du principe de transparence⁴¹³. À cet égard, la Cour de justice estime que : "*cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence*

⁴¹¹ Ainsi, le pt. 36 de l'arrêt du 26 avril 1994, affaire C-272/91, Commission c. Italie, cit. Elle ajoute que la circonstance que la propriété du système ne soit passée à l'administration publique qu'à l'expiration du contrat conclu avec l'adjudicataire est "dépourvue de pertinence", puisque "le "prix" de cette fourniture consistait en une redevance annuelle calculée en fonction du chiffre d'affaires".

⁴¹² Voir l'arrêt du 18 novembre 1999, "Unitron Scandinavia et 3-S" (C-275/98 : Rec. CJCE, I, 8291) dans lequel la Cour a estimé qu'une entité qui n'était pas un pouvoir adjudicateur, mais détenait un droit exclusif, devait respecter le principe de non-discrimination lors de la conclusion d'un contrat avec un tiers "les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité".

⁴¹³ Cf. l'affaire Telekom Austria, CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, Telaustria et Telefona Dress, où la Cour a confirmé l'application de certains principes dans lesquels la procédure devait être déterminée pour pouvoir conclure un contrat portant sur des secteurs spéciaux et relevant du service public : le commanditaire, Telekom Austria, société anonyme dont l'ensemble des actions est détenue par la république d'Autriche, soutenait que le contrat échappait au champ d'application des directives en matière de marchés publics, s'agissant d'une concession de service public. La question clé est de savoir si un contrat attribué à une entreprise qui fabrique et publie des annuaires téléphoniques en se rémunérant par le biais des utilisateurs peut être considéré comme un contrat ou une concession. L'avocat général précise qu'il appartient au législateur communautaire : "s'il est choisi d'harmoniser dans l'intérêt du marché commun les règles relatives à de telles concessions, de juger que seuls les services d'intérêt général peuvent valablement faire l'objet de concessions de services publics et de définir concomitamment ces intérêts". Respect for the principle of non-discrimination impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté". La Cour ajoute que "cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication".

ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication"⁴¹⁴. Dans un tel cas, il ne suffit pas de prescrire une obligation de publication, obligation qui existe déjà dans la quasi-totalité des États membres, mais la prescription d'une obligation de publication qui assure le respect du principe de transparence dans la pratique et qui dépasse les frontières nationales⁴¹⁵.

Quant aux critères de soumission ou non des concessions de services au droit communautaire en fonction de la qualité du service accordé, les concessions de services pertinentes au regard du droit communautaire sont celles qui consistent en une activité économique au sens du traité sur la Communauté européenne : il existe une concession de service, *"un acte imputable à l'État par lequel une autorité publique confie à un tiers - que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers - la gestion totale ou partielle de service qui relève normalement de sa responsabilité pour laquelle ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activité économique au sens des articles 43 et 55 du Traité"*⁴¹⁶. En ce qui concerne cette affaire, il convient de noter que, dans ses observations, le gouvernement français a estimé que les contrats conclus entre les communes et ARA (société anonyme pour le service d'élimination des déchets urbains, c'est-à-dire, comme l'a précisé la Cour, un organisme de droit public) pouvaient être considérés comme des contrats de concession de service public et seraient donc exclus du champ d'application de la directive 92/50. Le gouvernement a fait valoir que, pour qu'il y ait une concession de service public au sens du droit communautaire, il est nécessaire que l'entrepreneur reçoive une contrepartie consistant soit dans le droit d'exécuter le service, soit dans

⁴¹⁴ Selon l'avocat général M. Fennelly : "Si l'entité adjudicatrice s'adresse directement à un certain nombre de soumissionnaires potentiels et à supposer que ceux-ci ne soient pas tous ou presque tous des entreprises ayant la même nationalité que l'entité adjudicatrice, nous estimons que l'exigence de transparence serait respectée".

⁴¹⁵ Paragraphe 5 : Au contraire, dans le système juridique français de l'époque selon le dispositif de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 peut paraître aujourd'hui insuffisant dans la mesure où il ne contraint pas les pouvoirs adjudicateurs à contacter des entreprises ayant une nationalité autre que française puisque la publication peut se faire dans des journaux uniquement français.

⁴¹⁶ Voir l'affaire C-360/96, 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem de Gemeente Rheden contre BFI Holding BV, demande de décision préjudicielle : lorsque la contrepartie est fixe ou déterminable, l'accord doit être considéré comme un contrat tombant *prima facie* dans le champ d'application de la directive sur les marchés publics.

l'exécution du service lui-même, en plus du paiement d'un prix⁴¹⁷. Or, il ressort de la convention-cadre conclue entre Gemeente Rheden et ARA que la contrepartie versée consiste uniquement en un prix et non en un droit d'exécuter le service⁴¹⁸, et qu'il ne s'agit donc pas d'une concession mais d'un contrat qui doit être soumis à un appel d'offres public.

En substance, à la lumière de ses nombreuses interventions, la Cour de justice préconise l'application du principe de non-discrimination et de transparence également aux concessions de services, ainsi que la requalification, sous certaines conditions, des contrats de concession de services économiques en marchés, réaffirmant la nécessité d'élaborer une directive sur les concessions de services publics, à laquelle certains États membres sont favorables⁴¹⁹.

3. LA "CONCESSION DE SERVICES" DANS LA DIRECTIVE 2004/17/CE ET LE LIVRE VERT SUR LES PARTENARIATS DE 2005

Au début des années 2000, deux directives européennes ont été publiées concernant, respectivement, les secteurs spéciaux et les secteurs ordinaires des marchés publics⁴²⁰. Cependant, même dans ce cas, bien que les directives ne traitent pas directement des relations de concession, elles en viennent à jouer un rôle significatif dans le développement de la discipline concernée.

En commençant par la directive 2004/17/CE, qui coordonne les procédures de passation de marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, elle soulève d'importantes critiques en ce qu'elle inclut, dans ses annexes, un certain nombre de services qui sont traditionnellement fournis par des concessions dans les systèmes juridiques nationaux⁴²¹. La directive indique

⁴¹⁷ Voir le point 24.

⁴¹⁸ Voir le point 25, sur les articles 8 et 9 de la Convention.

⁴¹⁹ Ainsi M.-Y. BENJAMIN, *La délégation de service public*, Droit Administratif n° 4/2001, comm. 85 Concessions de service public et droit communautaire Commentaires.

⁴²⁰ Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

⁴²¹ Voir A. QUIETI, A. ZUCCHETTI, *La législation communautaire : concurrence et appels d'offres pour les services publics locaux. Les appels d'offres pour les services publics sont-ils vraiment imposés par la réglementation communautaire actuelle ?* in *Foro amm. CDS*, fasc.2, 2003, p. 789, annexe i - *enti aggiudicatori nei settori del trasporto o della distribuzione di gas o energia termica - snam rete gas spa*,

expressément que l'une des principales raisons pour lesquelles il est nécessaire de coordonner les procédures de passation de marchés des entités opérant dans ces secteurs réside dans la "nature fermée des marchés sur lesquels elles opèrent, en raison de l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs, pour la fourniture, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service en question"⁴²². Le droit communautaire n'hésite pas à réglementer ces domaines, consacrant des règles spécifiques (bien qu'apparemment limitées aux marchés publics) à ces secteurs

s.g.m. e edison t. e s. per il trasporto di gas. - Entités distribuant du gaz régies par le texte consolidé des lois sur la prise en charge directe des services publics par les collectivités locales et les provinces, approuvé par le décret royal n° 2578 du 15 octobre 1925 et par le décret présidentiel n° 902 du 4 octobre 1986. - Entités distribuant de la chaleur au public, visées à l'article 10 de la loi n° 308 du 29 mai 1982 - Norme sul contenimento dei consumi energetici, lo sviluppo delle fonti rinnovabili di energia, l'esercizio di centrali elettriche alimentate con combustibili diversi dagli idrocarburi. - Les collectivités locales, ou leurs consortiums, pour la fourniture d'énergie thermique au public. Annexe ii - Entités adjudicatrices dans les secteurs de la production, du transport ou de la distribution d'électricité Italie - Sociétés du groupe Enel auxquelles les activités de production, de transport et de distribution d'électricité ont été transférées conformément au décret législatif n° 79 du 16 mars 1999, tel que modifié et complété ultérieurement. Autres entreprises opérant sur la base de concessions en vertu du décret législatif n° 79 du 16 mars 1999. Annexe iii - Entités adjudicatrices dans les secteurs de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable - Entités opérant dans le service des eaux dans ses différentes phases conformément au texte consolidé des lois sur la prise en charge directe des services publics par les collectivités locales et les provinces, approuvé par le décret royal n° 2578 du 15 octobre 1925, le décret présidentiel n° 902 du 4 octobre 1986 et le décret législatif n° 267 du 18 août 2000 établissant le texte consolidé des lois sur la structure des collectivités locales, avec une référence particulière aux articles 112 à 116.

- Ente Autonomo Acquedotto Pugliese, créé par le décret-loi royal n° 2060 du 19 octobre 1919. - Ente acquedotti siciliani créée par la loi régionale n° 2/2 du 4 septembre 1979 et la loi régionale n° 81 du 9 août 1980 - Ente sardo acquedotti e fognature créée par la loi n° 9 du 5 juillet 1963. Annexe iv - entités adjudicatrices dans le domaine des services ferroviaires Italie - Ferrovie dello Stato SpA. - Trenitalia SpA. - Entités, sociétés et entreprises fournissant des services ferroviaires sur la base d'une concession en vertu de l'article 10 du décret royal n° 1447 du 9 mai 1912, portant approbation du texte consolidé des lois sur le ferrovie concesse all'industria privata, le tramvie a trazione meccanica e le automobili.

- Entités, sociétés et entreprises fournissant des services ferroviaires sur la base d'une concession en vertu de l'article 4 de la loi n° 410 du 14 juin 1949 - Concorso dello Stato per la riattivazione dei pubblici servizi di trasporto in concessione.

- Entités, sociétés et entreprises ou autorités locales fournissant des services ferroviaires sur la base d'une concession en vertu de l'article 14 de la Legge n. 1221 du 2 août 1952 - Provvedimenti per l'esercizio ed il potenziamento di ferrovie e di altre linee di trasporto in regime di concessione. - Entités, sociétés et entreprises fournissant des services de transport au public en vertu des articles 8 et 9 du decreto legislativo n° 422 du 19 novembre 1997 - Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale, a norma dell'articolo 4, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 9 - modifié par le decreto legislativo n° 400 du 20 septembre 1999, et par l'article 45 de la legge n° 166 du 1er août 2002.

⁴²² Ainsi, le considérant (3) de la directive.

particulièrement névralgiques pour l'économie.

La directive précise également, dans les considérants suivants, qu'il est essentiel de définir ces services de manière appropriée⁴²³. Ne peuvent être considérés comme des droits exclusifs ou spéciaux ceux accordés par un État membre, sous quelque forme que ce soit, y compris au moyen d'actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnés et non discriminatoires, qui offrent aux intéressés répondant à ces critères la possibilité d'en bénéficier⁴²⁴.

L'article 1er, en clarifiant la terminologie utilisée dans la directive, définit la concession de travaux comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou dans ce droit assorti d'un prix⁴²⁵. Elle définit ensuite, pour la première fois au niveau communautaire, la concession de services comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation de services consiste

⁴²³ La nécessité de clarifier ces concepts avait été identifiée dès leur apparition dans la législation communautaire, c'est-à-dire depuis les traités, voir F. GHELARDUCCI, *I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario : problemi definitivi e tendenze evolutive*, Riv. ita. dir. pubbl. comunit., fasc. 3-4, 2000, p. 815, art. 86 TUE concernant les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs. Sur les incertitudes de la Cour de justice à cet égard, voir l'arrêt du 9 juin 1977, affaire C-76/90 (Van Ameide), Recueil 1977, p. 1091, dans lequel les droits qui sont plus facilement formulés comme spéciaux sont considérés comme exclusifs. En droit, l'article 2 de la directive 90/531/CEE relative aux marchés publics dans les secteurs exclus traite les deux droits spéciaux et exclusifs comme une unité dans "les droits accordés par un État membre ou une autorité publique à un ou plusieurs organismes publics ou privés par tout acte législatif, réglementaire ou administratif leur réservant la fourniture d'un service ou la gestion d'une activité déterminée". Pour une différence qualitative, voir VANBAEL-BELLIS, *Competition Law in the European Community*, 1995, p. 919. Pour les droits spéciaux tels que ceux attribués à un nombre limité d'entreprises, que les droits exclusifs n'auraient pas, voir les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Spain tlc, Recueil 1992, p. 50, p. 5856.

⁴²⁴ La présente affaire doit être examinée à la lumière du traité CE. Or, l'article 86 (ex-article 90) du traité instituant la Communauté européenne pose le principe que les États membres ne prennent pas de mesures contraires aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence à l'encontre des entreprises publiques et des entreprises auxquelles ils accordent des droits exclusifs ou spéciaux. La notion de droits exclusifs implique une situation de monopole. Les "droits spéciaux" sont définis comme des "droits accordés (...) à plusieurs (...) entreprises (...) sans respecter les critères d'objectivité, de proportionnalité et de non-discrimination". Les droits spéciaux sont accordés à un nombre limité d'entreprises par une mesure législative, réglementaire ou administrative de l'État présentant diverses caractéristiques (voir la directive 94/46/CE).

⁴²⁵ Ainsi, l'article 1, paragraphe 3, point a).

uniquement dans le droit d'exploiter les services ou dans ce droit assorti d'un prix⁴²⁶.

Or, comme on le sait, les concessions de travaux sont soumises au droit communautaire, alors que ce n'est pas encore le cas des concessions de services ; toutefois, ce choix n'est pas fondé sur la nature substantielle des deux concessions.

La directive, tant pour les concessions de travaux que pour les concessions de services, ne s'applique pas si celles-ci sont accordées par des entités adjudicatrices exerçant une ou plusieurs des activités visées aux articles 3 à 7, lorsque la concession a pour objet l'exercice de ces activités⁴²⁷. On pourrait en déduire, en plus d'un autre facteur d'équivalence entre les concessions de travaux et les concessions de services, que certaines concessions de services entrent dans le champ d'application de la directive. Ou s'agit-il d'une précision redondante, puisque les activités visées par la législation sont celles de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux auxquelles la directive elle-même est consacrée.

Quant à la directive 2004/18/CE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services⁴²⁸, son article 3 définit les concessions de services de la même manière que la directive 2004/17/CE, confirmant la notion purement contractuelle⁴²⁹.

Un espace marginal est réservé aux relations concessionnaires. Les procédures d'attribution des concessions de travaux, dans la continuité de la législation antérieure et en application du principe de la liberté des administrations individuelles⁴³⁰, sont

⁴²⁶ Voir également l'article 1, paragraphe 3, lettre b.

⁴²⁷ Voir l'article 18 de la directive 17/CE/2004.

⁴²⁸ Le considérant 18 est libellé comme suit : Pour l'application des dispositions de la présente directive et aux fins du contrôle, la meilleure méthode pour définir le champ des services consiste à subdiviser ces services en catégories correspondant à certaines rubriques d'une nomenclature commune et à les regrouper dans deux annexes, IIA et IIB, selon le régime auquel ils sont soumis. En ce qui concerne les services énumérés à l'annexe II B, les dispositions de la présente directive devraient être sans préjudice de l'application des règles communautaires spécifiques aux services en question.

⁴²⁹ Voir l'article 1(4) de la directive 2004/18/CE.

⁴³⁰ En revanche, note G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, op. cit. p. 1095 et suivantes. En effet, "la liberté des pouvoirs adjudicateurs quant aux procédures de passation - qui pourrait inciter les acheteurs à toujours choisir la procédure négociée -, et en général quant à la conception de la structure des relations pourrait dans certains cas s'avérer non sans danger. La concession est une figure complexe qui implique des analyses, des prévisions, des évaluations délicates tant du point de vue juridique qu'économique, et il n'est pas certain que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de dominer l'ensemble du dossier, en fonction également du déséquilibre d'information (souvent signalé) par rapport aux opérateurs économiques. Tout ceci suggère, en plus de l'utilisation extensive des centrales

mentionnées : la directive se contente d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs qui ont l'intention d'attribuer une concession de travaux publics de faire connaître cette intention au moyen d'un avis⁴³¹.

L'article 17 de la directive, rebaptisé "concessions de services", rappelle qu'elle ne s'applique pas aux concessions de services telles que définies à l'article 1er, paragraphe 4, sauf lorsque les dispositions de l'article 3 sont applicables. Or, l'article 3 étend explicitement le principe de non-discrimination en raison de la nationalité à (seulement) l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs, ceux dont la définition est jugée particulièrement pertinente par le considérant 3 de la directive 2004/17/CE.

Si un pouvoir adjudicateur accorde à une entité, qui n'est pas un pouvoir adjudicateur, des droits spéciaux ou exclusifs pour exercer une activité de service public, l'acte de concession doit prévoir que, pour les marchés de fournitures conclus avec des tiers dans le cadre de cette activité, cette entité respecte le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Toutefois, la référence à la proportionnalité est exclue.

En fait, la directive ne précise pas ce que l'on entend par concessions de droits spéciaux ou exclusifs. En outre, la directive ne réglemente pas les concessions de services, ne leur étendant pas, pour le moment, une réglementation ponctuelle telle que celle prévue pour l'attribution des concessions de travaux⁴³². Afin de guider, d'un point de vue concurrentiel, la discrétion de l'administration dans l'organisation et la gestion de la procédure, sans préjudice de la nécessité de garantir une qualité adéquate dans la gestion mixte de l'ouvrage et du service, la discipline des

d'achat, la configuration d'un cadre réglementaire plus détaillé qui servirait de filet de sécurité et de ligne directrice pour ce travail délicat des administrations contractantes".

⁴³¹ Au niveau national italien, les procédures sont plutôt spécifiées, voir A. MOLITERNI, *Le procedure di affidamento e il bando di gara nelle concessioni di lavori pubblici*, op. cit. , p. 930. La jurisprudence avait exclu la possibilité de confier de telles relations par le biais de procédures négociées (Cour constitutionnelle, 7.11.1995, n° 482). La formulation de la directive a fait naître le doute quant à la possibilité d'utiliser les procédures autorisées pour les marchés de travaux, même si les concessions se caractérisent par un niveau d'ouverture à la concurrence plus faible et une plus grande flexibilité procédurale.

⁴³² Elle est exposée au Titre III - Dispositions en matière de concessions de travaux publics, Chapitre I - Dispositions applicables aux concessions de travaux publics Article 56 et suivants.

concessions de travaux prévoit expressément l'utilisation des clauses et des formulaires types adoptés par la Commission⁴³³.

Après ces directives, le droit européen revient pour traiter indirectement des concessions dans le cadre du Livre vert sur les partenariats public-privé⁴³⁴. La présente communication de la Commission sur les partenariats public-privé découle de la nécessité d'assurer une plus grande sécurité juridique dans le domaine des concessions, en accompagnant la maigre discipline législative en la matière d'un instrument de *droit souple*⁴³⁵. En particulier, la Commission a estimé que l'exclusion des concessions de services du droit communautaire dérivé était difficilement compréhensible, car elle n'a pas trouvé convaincants les arguments relatifs au prétendu besoin de flexibilité en la matière⁴³⁶. À cette fin, elle a demandé l'introduction d'une législation couvrant à la fois les concessions de travaux et les concessions de services. En particulier, dans la catégorie des partenariats public-privé contractuels, la Commission inclut également le modèle de concession expressément défini comme "l'un des modèles les plus connus"⁴³⁷.

La présente communication procède également à une rationalisation, en encadrant en

⁴³³ Voir l'article 77, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE (les formulaires ont été approuvés par le règlement CE n° 1564/2005 du 7 août 2005). Dans MOLITERNI, *La concession des travaux*, op. cit. , p. 1526.

⁴³⁴ COM (2004) 327.

⁴³⁵ Ils sont considérés comme des actes ayant des effets pratiques pertinents, mais non contraignants, ne fonctionnant que dans l'ombre de la loi, puisque la soft law n'est pas une loi, mais un acte quasi-juridique SNYDER, *Soft law and institutional practice in the European community*, op. cit. p. 35 ; SHAW, op. cit. p. 248.

⁴³⁶ La volonté d'avancer dans cette direction avait été exprimée et demandée dans un certain nombre de déclarations d'intention, telles que : le programme de travail pour 2000, COM (2000) 155 du 19 février 2000 ; les conclusions du Conseil européen de Lisbonne, 23-24 mars 2000, SN/ 100/0, contenaient une invitation expresse du Conseil européen à la Commission, au Conseil de l'Union et aux États membres à "conclure rapidement les travaux sur les futures propositions de modernisation de la législation sur les marchés publics (...).", afin de permettre l'entrée en vigueur des nouveaux règlements d'ici 2002" dans le cadre de leurs compétences respectives ; Le programme de la présidence suédoise du Conseil de l'Union européenne, 1er janvier 30 juin 2001, N/5613/00, p. 9 ; Le Conseil européen de Stockholm, 23 et 24 mars 2001, Nr 100/1/01. À cette occasion, le Conseil de l'Union et le Parlement européen ont été invités à adopter des règles de passation des marchés publics avant la fin de l'année, sur la base du projet de directive présenté par la Commission, ce qui constitue un pas en avant vers une ouverture effective du marché des services. En général, sur l'institution du Conseil européen, à distinguer du Conseil de l'Union européenne, voir , cf. Westlake, *The Council of the European Union*, John Harper Publishing, édition révisée, 1999. Sur les caractéristiques des actes et déclarations qui y ont été faits, voir Mengozzi, *Droit communautaire européen*, op. cit. p. 150-151.

⁴³⁷ Il s'agit du Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, paragraphes 85-9.

fait les opérations de partenariat dans deux modèles distincts ("PPP purement contractuels" et "PPP institutionnalisés"), le cas des concessions relevant du premier modèle. En ce sens, les textes communautaires donnent une impulsion définitive pour considérer l'institution concessionnaire, dans les domaines des travaux et services publics, comme faisant strictement partie des relations contractuelles, au point de renvoyer, de manière quelque peu surprenante, les contrats eux-mêmes à un cas de partenariat (contractuel)⁴³⁸.

Le partenariat public-privé, bien que non défini au niveau de l'UE, se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et les entreprises qui visent à assurer, outre la construction et l'entretien d'une infrastructure, la gestion d'un service. Quatre éléments principaux caractérisant un partenariat ont été fournis dans la communication⁴³⁹. Tout d'abord, la relation doit être à long terme et établie entre une entité publique et une entité privée, impliquant ainsi une collaboration entre les deux contractants sur divers aspects d'un certain projet. Deuxièmement, le financement du projet doit provenir, au moins en partie, d'une entité privée. Cela différencie la concession du contrat d'appel d'offres traditionnel, dans lequel le financement, qui rembourse l'entrepreneur, est public. Une troisième particularité est la coopération entre les parties publiques et privées aux différentes étapes du projet, jusqu'à la réalisation et la gestion de l'ouvrage et du service. Ce troisième critère découle du rôle de l'opérateur économique, qui participe aux différentes étapes du projet (conception, design, réalisation et financement), tandis que l'administration identifie en amont l'intérêt public à poursuivre, établit les *normes de qualité* des services, définit la politique de prix et de tarifs et, enfin, contrôle la réalisation des objectifs fixés. La dernière caractéristique est celle du transfert du risque contractuel, qui devient le critère de distinction entre le contrat et le contrat de concession, conformément à la discipline

⁴³⁸ Ainsi A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.5, 2005, p. 1201.

⁴³⁹ " L'application de l'égalité de traitement aux concessions et aux formes similaires de partenariat n'est possible que lorsque le pouvoir adjudicateur négocie avec plusieurs candidats ", donc un minimum de procéduralisation ne peut être omis. En vertu de l'article 5 du traité, les États membres sont tenus de fournir un cadre juridique pour les concessions qui respecte l'égalité de traitement. Quant au principe de transparence : le respect de l'égalité de traitement par Du pont de Nemours et Bus Wallons et la transparence sont indissociables : le respect de l'un ne peut être apprécié sans l'autre ; en outre, la proportionnalité permet d'apprécier la causalité entre l'objectif poursuivi et la disposition contestée.

communautaire en matière de marchés publics⁴⁴⁰. Le risque de l'intervention à réaliser doit être contractuellement supporté par la partie privée, totalement ou au moins partiellement. Si le projet échoue, les conséquences négatives doivent être supportées par la partie privée. À cet égard, il n'est pas nécessaire que tous les risques soient supportés par la partie privée. La répartition, en fait, doit se faire au cas par cas, en fonction des capacités concrètes des parties, par la négociation de clauses contractuelles.

Tout ceci permet d'affirmer qu'il y a un partage du pouvoir de décision sur le projet : la partie publique définit les objectifs et assure le suivi, tandis que la partie privée identifie les moyens les plus efficaces pour atteindre les objectifs. Cette dernière caractéristique est peut-être la plus typique du contrat de concession⁴⁴¹. S'il n'y a pas de transfert de risque, au moins partiel, à la partie privée, le contrat ne peut être considéré comme une concession, mais doit être qualifié de marché. Ainsi, la triangularité de la relation qui caractérise généralement la concession, met en évidence le principal facteur de distinction : le risque découlant de la gestion, entendu comme le risque lié au fait que le concessionnaire est rémunéré par le marché⁴⁴².

⁴⁴⁰ Comme l'a souligné l'avocat général La Pergola dans l'affaire C-306/96, BHI Holding BV contre G. Arnhem et G Rheden (arrêt du 10 novembre 1998, Rec. p. I-5923), l'établissement d'un critère de distinction entre les marchés et les concessions, qu'il s'agisse de travaux ou de services, n'est pas une simple opération herméneutique. En effet, en l'absence d'une définition communautaire de la concession ayant valeur normative, " la distinction entre les marchés et les concessions de services en droit communautaire, par communis opinio et en l'absence d'une définition communautaire spécifique ayant valeur normative, repose sur un ensemble de critères. Le premier indice est celui du destinataire ou du bénéficiaire du service fourni. Dans le cas des marchés, le bénéficiaire du service rendu est réputé être le pouvoir adjudicateur lui-même, alors que dans le cas des concessions, le bénéficiaire du service est un tiers étranger à la relation contractuelle, généralement la collectivité, qui reçoit le service et verse, en fonction du service reçu, une redevance. La concession de services en droit communautaire exige également que le service en question soit d'intérêt général, de sorte que sa fourniture relève institutionnellement d'une autorité publique. La circonstance que le service soit exécuté par un tiers opère donc une substitution subjective du concessionnaire au concédant dans les obligations imposées à ce dernier d'assurer la fourniture du service à la collectivité. Un autre élément qui dénote la concession est celui relatif à la rémunération, qui est, en tout ou en partie, dérivée de la prestation même du service que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires. Un autre aspect marquant de la concession de services dans le contexte communautaire est lié au profil mentionné juste avant, et est celui qui voit le concessionnaire assumer le risque économique découlant de la fourniture et de la gestion des services couverts par la concession.

⁴⁴¹ Voir C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc.3-4, 2001, p. 495.

⁴⁴² Sur le risque de gestion économique dans les relations de concession, C. just, sec. III, 10 mars 2011, C-274/2009, *Privater Stadler v. Zweckverband*, précisant que " le risque de gestion économique qui

Deuxièmement, il convient de noter l'attrait de l'attribution de tous les services qualifiés de publics dans le cadre des critères de concurrence et de garantie de transparence établis pour les marchés. De ce point de vue, les services publics destinés au public sont donc définitivement assimilés aux services destinés à l'administration⁴⁴³, ce qui tend à annuler les effets induits par le caractère discrétionnaire des choix de l'administration sur les équilibres du marché et à assimiler les différents types de services au cas unitaire d'une activité économique autonome normalement exercée contre rémunération, sans toutefois que le service doive nécessairement être payé par ceux qui l'utilisent⁴⁴⁴.

Il faut souligner que ce contrat, qui a un caractère "unitaire global" même dans les réalités nationales⁴⁴⁵, même en présence du nouveau "texte unique" communautaire,

caractérise la concession de services doit être compris comme l'exposition de l'entreprise à l'incertitude du marché, qui peut prendre la forme du risque de concurrence d'autres opérateurs, du risque de déséquilibre entre l'offre et la demande de services, du risque d'insolvabilité des personnes devant payer le prix des services fournis, du risque de non couverture intégrale des coûts d'exploitation par les recettes, ou du risque de responsabilité pour des dommages liés à une déficience du service ".

10.11.1998, C.360/96 Gemeente Arnhem et autres contre B.F.I. Holding B. V. et c. giust., 10.4.2003, C-20/01, Comm. Ce v. Rep. Fed. Allemagne. En particulier, voir CJCE, sec. I, 13.10.2005, C-458/03, Parking Brixen sur la notion de risque dans la reconstruction de la concession.

⁴⁴³ A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, op. cit. Cette manifestation, dans le même temps, apparaît également dans la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur présentée par la Commission le 25 mai 2004, qui contient la disposition simultanée de la nécessité d'une procédure de sélection parmi plusieurs candidats potentiels, lorsque l'accès à une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques.

⁴⁴⁴ Par exemple, si la concession pour la construction et la gestion d'une autoroute est en réalité une concession d'un service public au sens propre, il n'en reste pas moins que le service (public), dans la mesure où il est fourni à des tiers au moyen de l'infrastructure, bien qu'il soit caractérisé précisément par la circonstance d'être un service fourni directement à la collectivité et rémunéré. en tout ou en partie, de l'exploitation de l'infrastructure elle-même, n'échappe pas à la concurrence, contrairement au service (public) dans la mesure où il est fourni à l'administration comme un service nécessaire pour satisfaire ses besoins de fournir les moyens nécessaires à l'accomplissement de ses missions essentielles (la construction et la gestion d'une prison, par exemple).). Et ce, que les revenus de l'opérateur proviennent des tarifs (dans ce cas, les péages) payés directement par l'utilisateur, ou qu'ils proviennent de paiements réguliers et continus versés par l'administration sur la base de l'utilisation estimée du service.

⁴⁴⁵ En ce qui concerne les expériences actuelles dans les différents systèmes juridiques des États membres de l'Union européenne, pour le système juridique italien, voir la loi sur le financement des projets n° 415 du 18 novembre 1998 ; dans le système juridique français, la définition spécifique des contrats de partenariat est contenue dans l'ordonnance n° 557/2004 du 17 juin 2004, adoptée par le gouvernement en application de la loi n° 591/2003 du 2 juillet 2003. En France, par exemple, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 2003, a posé des limites bien établies au recours à des contrats de partenariat autres que la traditionnelle délégation de service public (en premier lieu, l'égalité devant la commande publique, notamment en ce qui concerne les petites et moyennes entreprises, ainsi

n'est pas doté d'une discipline spécifique pour pallier l'éventuelle inadéquation dans le cas de cas complexes. En effet, comme l'a souligné la doctrine⁴⁴⁶, certains éléments rapprochent irréductiblement ces formes contractuelles du contrat mixte "typique" de travaux et de services, à savoir la prise en charge par le partenaire privé de l'ensemble des tâches de conception et de construction d'un ouvrage, ainsi que le rôle pertinent joué par ce dernier dans le financement de l'ouvrage lui-même ; la prédominance de la rémunération versée à l'entrepreneur privé par des paiements directs à l'administration, correspondant à la fonction purement accessoire de la partie de la gestion de l'ouvrage assurée par le partenaire privé lui-même.

En substance, on ne peut pas dire que l'intervention sur le partenariat public-privé soit décisive par rapport à la discipline communautaire sur les concessions. Le Parlement européen a reconnu la nécessité d'une initiative législative dans le domaine des concessions dans sa résolution du 16 octobre 2006, appelant à des règles d'attribution simples qui permettraient aux autorités publiques, par le biais de procédures flexibles, transparentes et non discriminatoires, de sélectionner le meilleur contractant sur la base de critères prédéfinis et pour une période limitée.

4. LES REGLES RELATIVES AUX CONCESSIONS DE SERVICES DANS LA DIRECTIVE DE 2014

4.1. Les origines et les fondements de la directive : la notion de concession de services et l'exigence du "risque"

que les caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques de l'intervention envisagée), qui ont été reprises dans l'ordonnance susmentionnée.

⁴⁴⁶ Ainsi A. MASSERA, *op. ult. cit.*

C'est sur la base de ces exigences que la proposition de directive dédiée aux concessions a finalement été élaborée⁴⁴⁷, qui vise à atteindre un degré satisfaisant de sécurité juridique dans ce domaine. En effet, "l'absence d'une législation claire réglementant, au niveau de l'Union, l'attribution des contrats de concession donne lieu à une insécurité juridique, entrave la libre prestation des services et fausse le fonctionnement du marché intérieur"⁴⁴⁸. Il est donc souligné combien l'absence de législation européenne spécifique est préjudiciable à la transparence, en raison de la grande marge d'interprétation des principes généraux contenus dans les traités fondateurs sur lesquels s'appuie chaque État membre, ce qui conduit à des résultats radicalement divergents⁴⁴⁹. En particulier, "tant la définition de la "concession" que le contenu précis des obligations de transparence et de non-discrimination prévues par le traité ne sont pas clairs. L'absence de sécurité juridique qui en résulte augmente le risque d'annulation ou de résiliation anticipée des contrats attribués illégalement et, en fin de compte, décourage les autorités de recourir aux concessions, même lorsque ce type de contrat peut constituer une solution viable"⁴⁵⁰. L'objectif de la nouvelle législation est d'assurer que les autorités disposent de règles précises pour l'attribution des concessions, de garantir aux opérateurs un accès effectif au marché et de poser quelques jalons fondamentaux concernant la procédure d'attribution⁴⁵¹.

Quant à la méthode, la solution optimale ne consiste pas à étendre aux concessions les dispositions applicables aux marchés, mais à étendre aux concessions de services les dispositions existantes en matière de concessions de travaux publics, convenablement

⁴⁴⁷ Il s'agit de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession (COM/2011/897), dans www.europarl.europa.eu. Voir à ce sujet A. MOLITERNI, op. cit. ; M. COZZIO, *Premières considérations sur les propositions de directives européennes sur les marchés publics* et S. LEVSTIK, *Proposal for a directive on concessions : an initial reconnaissance analysis*, in M. Cafagno - A. Botto - G. Fidone - G. Bottino (ed.), op. cit.

⁴⁴⁸ Ainsi, le considérant 1 de la proposition de directive précitée.

⁴⁴⁹ Voir sur ce point A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Riv. Ita. Dir. Pubbl. Com., fasc. 5, 2015, p. 1127.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ Ainsi E. CHITI - M. GNES, *Chroniques européennes 2014*, dans Riv. Trim. Dir. Pubbl., fasc. 3, 1er septembre 2015, p. 1047 ; H. C. CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Les règles et les objectifs stratégiques des politiques de l'UE 2020*, in Giorn. dir. amm., XII, 2014, p. 1135 ; M. MACCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti di concessione*, IV, 2016, p. 436.

modifiées et complétées, en réglementant également la phase d'exécution de la relation. Le législateur européen intervient ainsi pour obtenir une coordination minimale des procédures nationales pour l'attribution de tous les contrats de concession, tout en garantissant un certain degré de flexibilité aux États membres⁴⁵².

Le contexte de l'adoption du droit des contrats publics est l'Acte pour le marché unique⁴⁵³, qui inclut les contrats publics et les concessions de services. La loi stipule que "*Les concessions de services représentent un poids économique important et constituent la majorité des partenariats public-privé. Un cadre législatif permettra une sécurité juridique accrue pour accompagner ces partenariats*"⁴⁵⁴. Bien que le principe de subsidiarité soit d'une importance décisive pour l'encadrement des concessions de service public, notamment en raison du fait qu'il n'existe pas de concept européen de service public, il ne constitue pas un obstacle au développement de la voie vers un cadre européen⁴⁵⁵. En effet, la Commission note que : "*des procédures de passation à l'échelle européenne garantissent des passations transparentes et objectives qui*

⁴⁵² Ainsi, le considérant n° 8 de la directive 2014/23 de l'UE précise que les États membres " devraient être autorisés à compléter et à développer " la législation pertinente. A la lumière du cœur de la directive, c'est-à-dire le titre II sur les garanties procédurales et les règles de passation des marchés, qui dictent principalement des principes et des exigences générales. Par exemple, l'article 3 qui, en ce qui concerne les procédures de sélection du contractant, précise que le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicatrice sont libres d'organiser l'appel d'offres dans le respect des principes de l'article 3, en précisant toutefois que " les États membres prennent les mesures appropriées pour que les opérateurs économiques, lorsqu'ils exécutent des contrats de concession, respectent les obligations applicables en matière de droit environnemental, social et des travaux établies par l'Union " (art. 3, paragraphe 3). Voir G. GRECO, *La directive "concessions"*, op. cit.

Un exemple concret de l'utilisation de la "faculté de compléter et de développer la réglementation" se produit lorsque, dans les directives européennes, on confirme l'approche qui laisse une grande liberté de choix aux administrations ainsi qu'aux opérateurs dans l'application des règles, sans typifier l'accomplissement de la mise en œuvre, tandis que dans l'ordre juridique italien on a tendance, au contraire, à ne reconnaître comme admissibles que les choix, les conduites, les comportements, les moyens de preuve qui ont été préalablement typifiés, pour lesquels il est donc toujours possible d'opérer un contrôle de conformité, cf. L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.2, 1er septembre 2015, p. 291.

⁴⁵³ Adopté le 13 avril 2011 Communication de la Commission au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Acte pour le marché unique - Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance - "Travailler ensemble pour créer une nouvelle croissance" texte soumis pour l'EEE, COM/2011/0206 ; complété par l'Acte pour le marché unique II sous la forme d'une résolution du Parlement européen du 14 juin 2012.

⁴⁵⁴ Il s'agit du point 2.12.

⁴⁵⁵ Ainsi C. BASSU, *Sussidiarietà versus servizi pubblici : la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2009, pp. 1251-1300.

*permettent des économies considérables et donnent de meilleurs résultats" ; et poursuit : "la directive devrait garantir la transparence, l'équité et la sécurité juridique lors de l'attribution des contrats de concession et contribuer ainsi à l'amélioration des opportunités d'investissements"*⁴⁵⁶.

D'autre part, l'effet de distorsion sur le marché intérieur de l'absence d'un cadre unique a été souligné par la Cour de justice dans plusieurs arrêts⁴⁵⁷. Le seul respect de principes généraux tels que la concurrence, la transparence et l'égalité de traitement entre les candidats⁴⁵⁸ a conduit dans de nombreux cas à un effet de distorsion potentiel sur le marché unique : comme l'a souligné la Commission, les contrats de concession génèrent "des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur". De ce fait les opérateurs économiques, notamment les PME, sont privés de leurs droits au sein du marché intérieur et voient leur échapper d'importantes opportunités commerciales⁴⁵⁹.

C'est précisément dans cette optique que la directive 2014/23/UE a introduit des règles spécifiques sur l'attribution et l'exécution des contrats de concession de services, tout en laissant aux États membres le soin d'élaborer une législation de référence supplémentaire⁴⁶⁰.

En fait, il s'agit encore d'une directive peu détaillée, dont l'objectif principal est la recherche d'une plus grande certitude des règles, instrumentale pour une plus grande attractivité financière des investissements, ainsi qu'une participation maximale du capital privé, sans oublier les exigences environnementales, sociales et de travail⁴⁶¹.

L'objectif de la directive est de créer un cadre juridique approprié, équilibré et flexible, permettant une diffusion plus large de l'institution de la concession, en sachant que "les contrats de concession sont des outils importants pour le développement structurel à long terme des infrastructures et des services stratégiques, car ils contribuent à

⁴⁵⁶ Commission européenne, Communication préc.

⁴⁵⁷ Ainsi J.C. DECAUX - C. CHANNEL sur les *velibs de Paris* ou, en référence à l'eau publique à Marseille, les quatre avis émis par la CRC PACA sur l'eau et l'assainissement dans la ville de Marseille le 13 février 2014.

⁴⁵⁸ Il s'agit de l'application du droit primaire de l'UE et des principes de transparence et de concurrence : voir CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, Rec. CJCE 1998, I, p. 10745. Outre les commentaires de l'époque, voir également C. BARDON - Y. SIMONNET, *Telaustria Verlags GmbH : Jurid. Simonnet, Telaustria, quel périmètre ?* Dr. adm. 2009, étude 2.

⁴⁵⁹ Ainsi, le postulat 1) de la directive "Concessions", cit.

⁴⁶⁰ Récital 8. En fait, la législation nationale italienne est plus restrictive.

⁴⁶¹ Les exemples les plus connus sont les *marchés publics écologiques* et les critères ESG.

l'amélioration de la concurrence au sein du marché intérieur, permettant de bénéficier de l'expertise du secteur privé et de contribuer à l'efficacité et à l'innovation"⁴⁶², tout en assurant "une efficacité maximale dans l'utilisation des fonds"⁴⁶³.

En particulier, l'article 2 consacre le principe de la libre administration des pouvoirs publics, selon lequel les autorités nationales, régionales et locales peuvent organiser librement l'exécution de leur travail ou la prestation de leurs services, conformément au droit national et au droit de l'Union. Ces autorités sont libres de décider de la meilleure façon de gérer l'exécution des travaux et la fourniture des services afin de garantir, notamment, un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs dans les services publics⁴⁶⁴.

En termes de définition, la directive s'inscrit dans la continuité de la directive de 2004 : les concessions sont définies comme des contrats à titre onéreux, conclus par écrit, par lesquels un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou une ou plusieurs entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux et de services, ou de services seulement, à un ou plusieurs opérateurs économiques, lorsque la contrepartie consiste uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat ou dans ce droit assorti d'un prix⁴⁶⁵.

⁴⁶² Considérant 3, dir. 2014/23/UE. Sur ce point, voir V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo : i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/EU*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.3-4, 2014, p. 835.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Le principe de la libre administration sera également exploré aux fins de la marge de liberté laissée aux États membres dans la définition des services d'intérêt général dans la section suivante.

⁴⁶⁵ Ainsi, l'article 5 de la directive. A l'exception de certains éléments de la directive qui modifient sensiblement la procédure d'attribution, tels que les critères d'attribution du marché, qui, bien que connus et parfois pratiqués en droit national pour ne pas être sanctionnés en pratique sur la base de l'intuitu personae et des risques encourus, sont ici élevés au rang de principes. Sur la question des critères et de leur place dans la procédure d'attribution, voir les notes de l'arrêt CE, 7 nov. 2008, n° 291794, Dpt de la Vendée par D. CAPITANT, *Le risque économique, nouveau critère de la DSP ?* : Rev. Lamy dr. coll. terr. 2009, p. 1238. - E. DELACOUR, *Distinction entre délégation et marché public : confirmation de la jurisprudence Département de la Vendée*, Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 97 ; AJDA 2008, p. 2494, notes L. Richer. Le fondement de cette solution se trouvait dans le raisonnement du juge administratif qui a pu confirmer l'obligation pour l'autorité délégante de respecter les critères d'attribution si elle les a préalablement définis et rendus publics (CE, 20 oct. 2006, n° 287198, Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance : Rec. CE 2006, tables, p. 946) avant que le commissaire du gouvernement ne soutienne l'extension du principe de publicité des critères sur le format des marchés publics (cf. concl. B. Dacosta CE, sez, 30 janv. 2009, n° 290236).

Les principales nouveautés consistent, d'une part, dans le dépassement de la dichotomie entre l'attribution des concessions de travaux, précédemment régie par la directive 2004/18/CE, et les concessions de services, soumises aux seuls principes exprimés par le traité ; d'autre part, dans la clarification législative du contenu nécessaire d'un contrat de concession : le transfert au concessionnaire du risque opérationnel lié à la gestion des travaux ou des services⁴⁶⁶.

Un élément caractérisant la relation de concession, capable de distinguer la concession du contrat, devient donc, par affirmation législative expresse, le transfert du risque d'exploitation⁴⁶⁷. Ce risque coïncide avec l'incertitude réelle du rendement économique de l'activité de gestion, tant dans les concessions de travaux que dans les concessions de services⁴⁶⁸. En effet, immédiatement après les définitions de la concession de travaux et de la concession de services (art. 5, lett. a et b respectivement), il est précisé que " l'attribution d'une concession de travaux ou de services entraîne le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation des travaux ou des services, comprenant un risque du côté de la demande ou du côté de l'offre, ou les deux ". Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation dans le cas où, dans des conditions normales d'exploitation, le recouvrement des investissements réalisés ou des frais engagés pour l'exploitation des ouvrages ou services faisant l'objet de la concession n'est pas garanti. La partie du risque transférée au concessionnaire implique une exposition réelle aux fluctuations du marché, de sorte que toute perte potentielle estimée encourue par le concessionnaire n'est pas purement nominale ou négligeable". Dans ce cas, le risque de gestion économique, entendu comme l'exposition au risque du marché, serait entièrement ou majoritairement entre les mains du privé, qui prend sur lui le risque de l'échec économique de l'entreprise et d'une éventuelle non-rémunération du capital investi, contrairement au cas du marché public⁴⁶⁹. La notion de risque européen est donc liée à la notion, présente dans certains systèmes juridiques nationaux, d'équilibre économique du contrat⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Voir sur ce point F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/EU : approccio economico versus visioni tradizionali*, Riv. amm. 2015.

⁴⁶⁷ F. GOISIS, *ibid.*

⁴⁶⁸ Il s'agit de l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), de la directive 2014/23/UE.

⁴⁶⁹ Ainsi, le considérant 18 de la directive.

⁴⁷⁰ Voir CE, 7 nov. 2008, Dpt de la VendéeAJDA 2008, p. 2454, note L. Richer ; BJCP 2009, p. 7, note T. Pez p. 55, concl. N. Boulouis ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 296, note G. Eckert ; note D.

Le risque opérationnel ne peut pas coïncider avec les conséquences d'une mauvaise gestion, d'une non-exécution ou d'un cas de force majeure, autant d'éléments qui sont également communs aux marchés publics. Le risque opérationnel qui doit être supporté par le concessionnaire, en revanche, est de nature économique et implique la possibilité que, dans des conditions normales d'exploitation, le recouvrement des investissements réalisés ou des coûts engagés dans la gestion des ouvrages ou des services couverts par la concession ne soit pas garanti.

D'un point de vue supranational, la concession est donc fermement ancrée aux événements et à la dynamique du marché : non seulement le concessionnaire est choisi au moyen de procédures publiques, mais ce dernier est un partenaire privé qui se confronte au marché, est soumis aux règles de la concurrence et doit nécessairement viser à contenir les coûts et à maximiser l'efficacité.

Le risque en question comprend soit un risque du côté de la demande, soit un risque du côté de l'offre, soit les deux.

La Cour de justice et la Commission elle-même avaient déjà souligné que la principale caractéristique des concessions, susceptible de les différencier des contrats, était précisément la prise en charge d'un risque, qui va bien au-delà et est qualitativement différent de celui supporté par un entrepreneur normal. Par conséquent, aucune continuité n'a été donnée aux lignes directrices d'Eurostat de 2004 concernant la

Capitant. - CE, 5 juin 2009, n° 298641, Sté Avenance Enseignement et santé, BJCP 2009, p. 393, concl. B. Dacosta ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 236, note G. Eckert. Il ressort clairement des textes que les aspects de théorie économique de la gestion des risques ont traditionnellement été l'apanage de la science comptable. Il convient de préciser ici que le terme "directive sur les concessions" n'est pas destiné à être restrictif. Au contraire, cette appellation, qui pourrait paraître limitée en droit national pour ne pas couvrir le champ de la *délégation de service public*, découle du fait que le mode concessionnaire est le plus répandu dans l'Union européenne. Le droit communautaire n'assume donc pas (encore une fois) les spécificités du droit national, mais a néanmoins vocation à s'appliquer à toutes les formes de délégation de service public. L'article 5, paragraphe 1, point b), qui propose une définition de la concession, en témoigne en indiquant qu'une concession est : "un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la fourniture et l'exploitation de services autres que l'exécution de travaux visés au point a) à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix". Les concessions de services publics représentent une charge financière de près de 140 milliards d'euros dans l'Union européenne pour la seule période 2000-2006. Ce constat explique à lui seul pourquoi l'Union européenne a inclus les délégations de service public parmi les leviers de la croissance et a donc cherché à les soumettre à un cadre juridique dépassant celui défini par chaque État membre.

tripartition entre le risque de construction, de demande et de disponibilité. On a préféré faire une simple distinction entre le risque lié à la demande et le risque lié à l'offre. La définition d'une concession est basée sur la référence au concept de "risque opérationnel". La caractéristique principale d'une concession, à savoir le droit d'exploiter un ouvrage ou un service, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque opérationnel de nature économique impliquant la possibilité de ne pas pouvoir récupérer les investissements réalisés et les coûts encourus pour l'exécution des travaux ou des services attribués dans des conditions normales d'exploitation, même si une partie du risque reste à la charge du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

L'application de règles moins détaillées que celles des règles de passation des marchés pour l'attribution des concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice déchargeait l'opérateur économique de toute perte potentielle en lui garantissant une recette minimale égale ou supérieure aux investissements réalisés et aux coûts supportés par l'opérateur économique dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains accords rémunérés exclusivement par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice doivent être qualifiés de concessions lorsque la récupération des investissements réalisés et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture du service dépend de la demande effective du service ou du bien ou de leur fourniture⁴⁷¹.

Si la réglementation sectorielle élimine le risque en prévoyant une garantie en faveur du concessionnaire pour le recouvrement des investissements et des coûts encourus dans l'exécution du contrat, le contrat lui-même ne devrait pas être une concession au sens de la présente directive. Le fait que le risque soit limité dès le départ ne doit pas empêcher le contrat d'être une concession. Cela peut être le cas, par exemple, dans les secteurs à tarifs réglementés ou lorsque le risque opérationnel est limité par des dispositions contractuelles prévoyant une indemnisation partielle, notamment une indemnisation en cas de résiliation anticipée de la concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure⁴⁷².

⁴⁷¹ Considérant 18 Directive.

⁴⁷² Directive sur le considérant 19.

Un risque opérationnel doit résulter de facteurs échappant au contrôle des parties. Les risques tels que ceux liés à la mauvaise gestion, à la rupture du contrat par l'opérateur économique ou à la force majeure ne sont pas déterminants pour la qualification de concession, car ces risques sont inhérents à tout contrat, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession. Le risque opérationnel doit être compris comme le risque d'exposition aux fluctuations du marché, qui peut découler d'un risque lié à la demande ou à l'offre, ou simultanément d'un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande est le risque associé à la demande réelle des travaux ou des services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre est le risque associé à la fourniture des travaux ou des services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que l'offre de services ne corresponde pas à la demande. Aux fins de l'évaluation du risque opérationnel, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et revenus du concessionnaire doit être prise en compte de manière cohérente et uniforme⁴⁷³. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient toujours avoir la possibilité d'attribuer une concession pour une période plus courte que celle nécessaire à la récupération des investissements, pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque opérationnel⁴⁷⁴.

La première reste celle liée à la possibilité que l'utilisation du service diminue en raison de l'apparition sur le marché d'une offre concurrentielle d'autres opérateurs, ainsi qu'en raison du manque d'attractivité de la gestion du concessionnaire, ainsi que de facteurs exogènes tels qu'une contraction de la consommation générée par une crise économique. Le second apparaît dans les contrats dans lesquels les parties privées sont "rémunérées exclusivement par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice [...] si la récupération des investissements réalisés et des coûts supportés par l'opérateur pour exécuter l'ouvrage ou fournir le service dépend [...] de leur fourniture" ; et encore "le risque lié à l'offre désigne le risque associé à la fourniture des travaux et services qui font l'objet du contrat, notamment que l'offre ne corresponde pas à la demande"⁴⁷⁵.

⁴⁷³ Ainsi, le considérant 20 de la directive.

⁴⁷⁴ Ainsi le considérant 52 de la directive, consacré à la durée des concessions.

⁴⁷⁵ Il faut considérer que les risques de l'offre concernent essentiellement les éléments qui échappent au contrôle de l'opérateur privé, comme l'évolution des coûts (y compris financiers), qui dépendent des fluctuations du marché et qui, en tant que tels, échappent à la volonté et à la capacité des parties, voir G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, op. cit.

Il semble donc qu'il s'agisse de concessions "froides", dans lesquelles l'administration paie une redevance périodique pour la construction d'un ouvrage et la gestion d'un service, ou seulement pour la gestion d'un service. Le risque en question coïnciderait donc essentiellement avec celui de la disponibilité⁴⁷⁶.

Cette thèse, cependant, n'est pas entièrement pacifique⁴⁷⁷. En effet, l'application des concessions aux ouvrages "froids" a suscité une certaine perplexité, du fait que les relations de concession naissent principalement pour la gestion d'ouvrages "chauds", dotés d'une capacité intrinsèque à générer des revenus à travers les recettes des usagers⁴⁷⁸. Bien que ce profil ne soit pas expressément mentionné par le législateur, il semble probable que la fixation d'un prix soit également fonctionnelle pour garantir le concessionnaire dans les cas où il est tenu de facturer aux usagers des prix inférieurs à ceux correspondant à la rentabilité de l'investissement et à la somme du coût du service et des bénéfices commerciaux ordinaires (les travaux dits "chauds"), et relève donc de la disposition plus large qui permet l'introduction d'un prix pour protéger l'équilibre économique-financier de la relation. Toutefois, il ne semble pas que la directive conduise à l'exclusion de l'application de la concession aux services et aux travaux à froid, même si elle n'a pas réglementé une catégorie plus large de contrats de partenariat public-privé. Non seulement parce que le préambule envisage expressément le cas des "*arrangements rémunérés exclusivement par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice*", mais surtout parce que la directive ne précise pas que cette gestion doit être effectuée au profit de tiers : il serait donc arbitraire de limiter indûment son contenu

⁴⁷⁶ Voir dans ce sens DE NICTOLIS, *La concessione di lavori pubblici*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 712 ; ROBALDO, *La realizzazione di opere pubbliche con la partecipazione di capitale privato*, in *Urb. App.*, 2005, p. 149.

⁴⁷⁷ Comparez G. GRECO, *op. cit. ult.* : " il est donc douteux que le soi-disant risque de disponibilité, qui a été pris en considération dans une importante décision d'Eurostat de 2004, ainsi que par une détermination de l'AVCP italienne de 2010, comme un risque typique des concessions associées aux (services et) travaux dits froids, puisse être pertinent même dans le contexte du risque de l'offre. En effet, puisque le risque de disponibilité serait lié à "la capacité du concessionnaire à fournir les services contractuels convenus, tant en termes de volume que de normes de qualité", il s'agirait d'un risque dépendant de la performance du concessionnaire lui-même, dont la pertinence semble exclue par la directive".

⁴⁷⁸ Par exemple, les autoroutes, les réseaux de gaz, les parkings. Voir l'article 143, paragraphe 4, du décret législatif n° 163/2006 relatif à la distinction entre les travaux à froid et les travaux à chaud pour lesquels la possibilité de prix ou de droits d'utilisation fonctionnels à la rémunération intégrale du capital est exclue.

en fonction du bénéficiaire.

En substance, puisque la notion de risque supporté par le concessionnaire est la première caractéristique de la concession, s'il est pertinent de réglementer l'attribution de la concession, il est également pertinent de réglementer et de rationaliser l'économie du contrat, car ce n'est que de la reconstruction effective du rapport économique en tant que concession que découlent les conséquences en termes de régime d'attribution et de règles de la relation.

La directive, sous le profil de risque "quantitatif", est plutôt insaisissable. En effet, d'une part elle indique que le risque opérationnel consiste en la "*possibilité de ne pas pouvoir récupérer les investissements réalisés et les coûts engagés*"⁴⁷⁹ et ajoute que "*la partie du risque transférée au concessionnaire implique une exposition réelle aux fluctuations du marché de sorte que toute perte potentielle estimée subie par le concessionnaire n'est pas simplement nominale ou négligeable*"⁴⁸⁰. Mais, d'autre part, elle admet qu'une partie du risque peut rester à la charge du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, et ajoute que "le fait que le risque soit limité dès le départ ne doit pas exclure le contrat de la notion de concession", seuls les cas d'élimination totale du risque étant expressément exclus. En effet, même la jurisprudence n'a pas retenu que le risque en question devait être total et illimité, justifiant ainsi une certaine prudence de la part du législateur européen lors de sa commensuration.

En conclusion, l'encadrement limite le pouvoir discrétionnaire des États membres lors de l'attribution de concessions de travaux publics, mais il contribue surtout à circonscrire le champ d'application interne de la délégation ou du transfert de pouvoirs publics en faveur du transfert du risque entrepreneurial sur le concessionnaire privé. L'attribution du droit de gérer un service donné perd donc les connotations nettement publicistes qui ont toujours caractérisé l'institution de la concession, pour en venir à impliquer simplement la possibilité de gérer une activité et d'en tirer un profit, en assumant toutefois le risque d'incertitude dans la rémunération du capital investi. Et ce

⁴⁷⁹ Ainsi, le considérant 18 de la directive 2014/23/UE.

⁴⁸⁰ Il s'agit de l'article 5, paragraphe 1, alinéa 2.

"transfert de risque" est réalisé au moyen d'un contrat de droit privé qui, de toute façon, a une structure synallagmatique et onéreuse⁴⁸¹.

Quant à l'accord, il semble évident que, pour donner suite à la stipulation du contrat de concession, des services caractérisés par la considération mutuelle et l'interdépendance apparaissent. La prise en charge de la responsabilité et du risque de gestion par le concessionnaire, tout en déterminant un risque entrepreneurial qui va au-delà du risque commercial normal, ne contribue pas à conférer un caractère aléatoire au contrat lui-même : le risque de gestion du contrat de concession est de toute façon compensé par une série de garanties économiques et juridiques prévues par la réglementation contractuelle en faveur du concessionnaire en cas d'onérosité excessive ; tandis que, comme on le sait, les recours en résiliation et en compensation sont normalement exclus dans les contrats aléatoires⁴⁸².

Le critère du risque économique, en tant qu'élément capable de distinguer non seulement le contrat de concession du contrat d'adjudication, mais aussi les notions d'entreprise et d'organisme de droit public, semble donc acquérir un rôle central, même en l'absence d'une référence expresse dans le droit positif. Dans l'activité de l'administration publique, le risque économique constitue un critère fiable pour distinguer l'activité administrative, qui comprend aussi bien l'exercice des pouvoirs publics que la "fourniture", libre de toute logique économique, de biens et de services, de l'activité commerciale.

Le critère du risque économique a l'avantage de pouvoir être appliqué sans ambiguïté dans les différents contextes étatiques, étant libéré des catégories nationales

⁴⁸¹ Voir à cet égard A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, 4/2012, p. 567-668.

⁴⁸² A. MOLITERNI, *ibid.*

traditionnelles⁴⁸³. Elle semble donc aller dans le sens de la consolidation d'un droit public de l'économie de plus en plus caractérisé dans un sens "européen"⁴⁸⁴.

4.2. La discipline des concessions des services

En définissant pour la première fois une discipline spécifique pour les concessions de services, la structure de la directive suit certaines lignes directrices. La première vise à réduire les incertitudes liées à la phase d'attribution du contrat. En effet, les États membres en "*absence de règles claires régissant l'attribution des concessions créant une insécurité juridique*"⁴⁸⁵.

La seconde est de faire également de la concession de services un levier pour le développement du marché intérieur (et des valeurs communes). La directive stipule que "*l'application de règles spécifiques (...) ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements*

⁴⁸³ Sur ce point, B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, op. cit. la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat ont longtemps maintenu des orientations contrastées ou du moins non concordantes sur la figure de l'organisme de droit public, la première développant la théorie du corps indirect (qui, appliquée dans le sens "inverse", écarte du régime des marchés publics des sujets tels que les sociétés mixtes ou les sociétés spéciales, puisqu'ils ne sont pas concessionnaires), le second estimant au contraire qu'il suffit de prendre en charge des intérêts publics importants. Les deux orientations, à la lumière de ce qui a été observé dans les pages précédentes, ne semblent pas saisir le cœur de la notion d'organisme de droit public, par rapport auquel la qualification formelle d'"organisme indirect" est, dans une perspective européenne, non pertinente, tandis que la fonctionnalisation pour la satisfaction des intérêts publics constitue une condition nécessaire, mais non suffisante, pour déterminer cette déviation de la logique économique qui est le présupposé de la législation européenne sur les marchés publics. Et si la théorie du corps indirect semble désormais abandonnée par le juge de la séparation des juridictions (tout récemment, dans un sens critique, voir F. CINTIOLI, *Gli affezioni delle sub-concessioni per attività commerciali in aeroporto*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, p. 1532-1533), l'orientation du Conseil d'État semble, au contraire, toujours en vogue dans une partie de la jurisprudence administrative.

⁴⁸⁴ Sur la tendance à la formation d'un droit public communautaire de l'économie, E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia*, op. cit. p. 154 ; Id., *L'incidenza del diritto comunitario*, op. cit. p. 239 et s. Plus généralement, sur l'influence du droit public européen sur le droit administratif italien, voir S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, p. 303 et s. ; avec une référence particulière aux principes généraux du droit administratif, E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, p. 1209. En termes comparatifs, sur le phénomène de l'"européanisation" du droit administratif, voir le volume édité par J. SCHWARZE, *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*.

⁴⁸⁵ Ainsi, le point 1) du postulat de la directive.

effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat évitera toute perte grâce à une garantie de revenus minimums supplémentaires ou égale aux coûts supportés"⁴⁸⁶.

Fondamentalement, le législateur européen régleme l'entrée et la sortie du marché et la fin de la relation de concession.

En ce qui concerne l'accès, la discipline des avis de concession est assez détaillée et doit contenir les informations minimales, indiquées dans l'annexe appropriée. En revanche, aucune disposition expresse ne prévoit la préparation (soit par le pouvoir adjudicateur, soit par le soumissionnaire) d'un plan d'affaires, visant à démontrer la faisabilité de l'opération en termes de couverture des investissements et du contrat⁴⁸⁷.

En ce qui concerne la fin de la relation, la directive régleme surtout la durée de la concession liée à la valeur de celle-ci et à l'équilibre du plan économique-financier (PEF) et, si elle est supérieure à cinq ans, ne pas persister au-delà d'un délai raisonnable pour obtenir la récupération des investissements et la rémunération du capital⁴⁸⁸ et, indirectement, la reprise du nouveau concessionnaire qui, devant se dérouler dans des conditions non discriminatoires et transparentes (l'appel d'offres), nécessitera de régleme le "destin" des ouvrages et services gérés par le premier (ou précédent) concessionnaire, à la recherche d'un équilibre entre la nécessité de ne pas garantir un avantage concurrentiel au concessionnaire sortant et de ne pas assurer un enrichissement indu de la part du concessionnaire entrant. Encore une fois, la résiliation de la concession pour des défauts dits génétiques, c'est-à-dire le non-respect de l'une des conditions énoncées à l'article 44, points a) et b), de la directive ou l'inexécution d'une obligation prévue par la directive ou par les traités lors de l'attribution de la concession, telle que constatée en vertu de l'article 258 TFUE par la Cour de justice⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Ainsi point 21).

⁴⁸⁷ Cette omission, si elle est révélatrice du fait que le législateur européen, en fixant la concession sur le transfert du risque, se préoccupe moins de l'existence d'un équilibre économique-financier (au moins originel), ne semble cependant pas symptomatique d'une considération du contrat de concession en termes purement aléatoires. En effet, comme on le verra plus loin, lorsqu'elle traite de la durée des concessions, la directive (art. 18) se réfère expressément au "délai dans lequel on peut raisonnablement attendre du concessionnaire qu'il récupère les investissements réalisés pour l'exécution des travaux ou des services, ainsi qu'une rémunération des capitaux investis", soulignant ainsi qu'elle tient dûment compte de l'importance de l'équilibre économique-financier de la relation.

⁴⁸⁸ Ainsi, l'art. 18.

⁴⁸⁹ Voir art. 44(c).

Une place spécifique est accordée à l'aspect de la cessation anticipée du rapport, qui est d'une importance fondamentale pour des rapports de si longue durée, mais qui repropose le problème de l'immanence de l'intérêt public, la possibilité de la persistance des pouvoirs publics pendant l'exécution de la concession et, finalement, repropose la question de la nature de la concession et du tribunal compétent pour décider des litiges survenant pendant la phase d'exécution.

Le titre II, consacré aux garanties procédurales et aux règles d'attribution, énonce principalement des principes généraux et des prescriptions. En ce qui concerne les procédures de choix du concessionnaire, il est précisé que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'attribuer la concession dans le respect des principes énoncés à l'article 3, en précisant toutefois que les États membres prennent les mesures appropriées pour que les opérateurs économiques, dans l'exécution des contrats de concession, respectent les obligations environnementales, sociales et de travail applicables établies par l'Union.

Une attention particulière est ensuite accordée dans la directive analysée à l'attribution et aux garanties procédurales. La directive vise à assurer une coordination minimale des procédures nationales d'attribution des concessions. Cela devrait "garantir un certain niveau de flexibilité" que "les États membres devraient être autorisés à compléter et à développer davantage"⁴⁹⁰. Conformément à cette approche, le titre II de la directive fait référence aux garanties procédurales et aux règles relatives à l'attribution. En fait, elle énonce surtout des exigences générales que les États membres doivent respecter lors de sa transposition. Cela concerne en premier lieu les procédures de choix du concessionnaire⁴⁹¹, que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser dans le respect du cadre réglementé⁴⁹².

⁴⁹⁰ Considérant 8, dir. 2014/23/UE.

⁴⁹¹ Art. 30 Dir. 2014/23/UE.

⁴⁹² Art. 3. La jurisprudence de la Cour de justice, depuis les arrêts Teckal et Parking Brixen, avait catégoriquement exclu la possibilité de recourir au modèle de la prestation interne dans les hypothèses où les entités chargées étaient participées, même de façon minime, par des entités privées. L'article 17 de la directive 2014/23/UE étend le modèle in-house aux hypothèses dans lesquelles des capitaux privés participent à des prises de participation lorsque cette participation ne permet pas d'exercer une influence déterminante sur l'entité juridique contrôlée, ni un droit de veto sur ses décisions. La même directive prévoit également les cas des concessions attribuées à une entreprise liée (art. 13), des concessions attribuées à une entreprise commune entre entités adjudicatrices ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une entreprise commune (art. 14). Ces dispositions peuvent être lues en gardant à l'esprit que

L'existence d'incertitudes du marché et du risque assumé par le concessionnaire est liée à la question macro, qui découle de la qualification de la concession en tant que contrat, de l'applicabilité de recours qui ne sont pas seulement caducs, actionnables unilatéralement par l'administration, mais aussi maintenables, proposés par les deux parties contractuelles. A l'appui de l'admissibilité de ces recours, il y a la rentabilité de la renégociation du contrat au lieu du lancement d'une nouvelle procédure d'appel d'offres, ainsi que l'intérêt de maintenir le contrat en vigueur et productif dans ses effets ; du côté de l'inapplicabilité, en revanche, il y a le respect de la libre concurrence et de l'égalité des conditions entre les participants, inévitablement réduite à zéro par une novation objective du contrat sans appel d'offres, et l'absence de la prise en charge d'un risque réel par le concessionnaire. En ce qui concerne le régime de la relation de concession, les contingences contractuelles sont très importantes⁴⁹³. La présence d'un large *ius variandi* de la part des administrations concédantes constitue, en effet, l'un des éléments les plus caractéristiques de la concession par rapport au contrat⁴⁹⁴. En effet, comme il doit s'adapter aux besoins du public d'utilisateurs qui évoluent toujours dans le temps, une grande marge d'élasticité et un pouvoir constant d'intervention (voire de modification) de la part des administrations est nécessairement impliqué⁴⁹⁵.

l'article 2 de la directive prévoit le principe de la libre coopération entre les pouvoirs publics, selon lequel, entre autres, les autorités nationales, régionales et locales peuvent décider d'accomplir leurs tâches d'intérêt public en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs.

⁴⁹³ Qui peuvent ne pas être d'une durée illimitée du fait de clauses explicites ou de simples dispositions de prorogation, voir art. 18(2), Dir. 2014/23/UE. La durée maximale est indirectement identifiée comme étant de cinq ans, c'est-à-dire la période de temps suffisante pour justifier raisonnablement l'attente de récupération des investissements réalisés par le concessionnaire.

⁴⁹⁴ Cf. l'article 43 de la directive, qui souligne que c'est le caractère "substantiel" ou "non substantiel" de la modification de la relation qui délimite la distinction entre l'exercice du *ius variandi* et l'obligation de recourir à une nouvelle procédure de mise en concurrence.

⁴⁹⁵ Voir considérant 78 : les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient avoir la possibilité de prévoir des modifications de la concession au moyen de clauses de révision ou d'option, mais sans que ces clauses leur confèrent un pouvoir discrétionnaire illimité. La présente directive devrait donc préciser dans quelle mesure des modifications de la concession initiale peuvent être prévues. Il convient donc de préciser que des clauses de révision ou d'option suffisamment clairement formulées peuvent, par exemple, prévoir une indexation des prix ou garantir que les équipements de communication à fournir pour une période donnée restent adéquats même en cas de modification des protocoles de communication ou d'autres changements technologiques. Il devrait également être possible, par le biais de clauses suffisamment claires, de prévoir des ajustements de la concession rendus nécessaires par des difficultés techniques apparaissant en cours d'exécution ou d'entretien. Il convient également de rappeler que les concessions peuvent, par exemple, inclure l'entretien courant et

La nouvelle discipline de la concession présuppose une négociation entre les parties et reconnaît à ces dernières le droit de modifier le contrat dans le temps, en tant que relation de durée, selon les besoins du processus exécutif, mais dans des limites substantielles et procédurales bien définies.

Poursuivant l'examen de la procédure d'attribution, la directive énumère les cas impératifs dans lesquels la publication de l'avis de marché n'est pas requise (et l'attribution directe peut donc être effectuée). Ce sont les cas exceptionnels habituels, dans lesquels la procédure négociée est autorisée, avec la singularité que ces cas n'incluent pas celui de l'urgence imprévisible.

Les critères de vérification des conditions de participation relatives à la capacité technique et professionnelle, ainsi qu'à la capacité économique et financière sont également indiqués, bien que de manière très générique ; avec la précision que les concurrents (uniques ou associés) peuvent recourir à l'institution de la sous-traitance. Les critères d'attribution ne sont pas prédéterminés par la directive qui, au contraire, laisse une large marge de choix et de configuration aux pouvoirs adjudicateurs, pour autant qu'ils soient propres à assurer "*une évaluation des offres dans des conditions de concurrence effective de manière à identifier un avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice*"⁴⁹⁶. Ces critères, qui peuvent inclure des aspects environnementaux, sociaux ou liés à l'innovation et peuvent également porter sur la durée, doivent être cohérents avec l'objet de la concession et sont contraignants pour l'entité adjudicatrice, qui doit les indiquer au préalable par ordre décroissant d'importance⁴⁹⁷.

En substance, une grande marge de manœuvre est réservée à l'administration en termes de négociation et de réduction des participants⁴⁹⁸ et de communauté d'objectifs d'intérêt

prévoir l'entretien extraordinaire qui peut être nécessaire pour assurer la continuité de la fourniture d'un service public.

⁴⁹⁶ Art. 41(1), Dir. 2014/23/EU.

⁴⁹⁷ Ainsi, le CAM, les critères environnementaux minimums, ou plus généralement les critères ESG.

⁴⁹⁸ Ainsi cons. 47 Directive : Les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices visés à l'article 7, paragraphe 1, point a), devraient pouvoir décider de fournir conjointement leurs services publics par la coopération sans être obligés d'utiliser une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait couvrir tous les types d'activités liées à la prestation de services et aux responsabilités confiées ou assumées par les autorités participantes, telles que les tâches obligatoires ou volontaires des autorités régionales ou locales ou les services confiés à des organismes spécifiques par le droit public. Les services fournis par les différentes administrations ou entités participantes ne doivent pas

public⁴⁹⁹.

À cet égard, la directive indique clairement qu'il existe une grande incertitude juridique quant à la mesure dans laquelle les contrats conclus entre des entités du secteur public doivent être régis par les règles relatives aux concessions. La jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne est interprétée différemment par les différents États membres et également par les différents pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices. Il est donc nécessaire de préciser dans quels cas les contrats conclus dans le secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles énoncées dans cette directive. Cette clarification devrait être guidée par les principes établis par la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. Le simple fait que les deux parties à un accord soient elles-mêmes des autorités publiques n'exclut pas en soi l'application des règles prévues par la présente directive. Toutefois, l'application des règles prévues par la présente directive ne devrait pas porter atteinte à la liberté des autorités publiques d'accomplir les missions de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, y compris la possibilité de coopérer avec d'autres autorités publiques. Il convient de veiller à ce qu'une coopération public-public exemptée ne donne pas lieu à une distorsion de la concurrence vis-à-vis des opérateurs économiques privés dans la mesure où elle place un prestataire de services privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents⁵⁰⁰. Cette coopération n'implique pas que toutes les administrations participantes assument la responsabilité de l'exécution des principales obligations contractuelles, dès lors qu'il existe des engagements de coopération pour l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris les éventuels transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait être régie que par des considérations d'intérêt public.

nécessairement être identiques ; ils peuvent aussi être complémentaires. Les contrats de prestation conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, que la mise en œuvre de cette coopération soit motivée uniquement par des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé ne bénéficie d'une position avantageuse par rapport à ses concurrents.

⁴⁹⁹ Cf. Art. 17 concessions entre entités du secteur public, al. 4 (a) le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices participantes afin de garantir que les services publics qu'elles sont tenues de fournir sont fournis en vue d'atteindre les objectifs qu'elles ont en commun.

⁵⁰⁰ Ainsi, le considérant 45 de la directive.

La transparence est assurée par l'obligation d'informer les candidats et les soumissionnaires des décisions prises concernant l'attribution (qui doivent indiquer les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue), ainsi que des raisons du rejet de la candidature ou de l'offre de certains des concurrents.

En conclusion, nous sommes confrontés à une discipline clairement inspirée par des objectifs de rationalisation et d'efficacité en vue d'assurer un renforcement du marché intérieur. Mais en même temps, c'est une discipline qui contribue à exacerber les tensions et les frictions entre les dimensions européenne et nationale dans la réglementation des relations de concession qui sont d'une importance décisive pour le développement de l'État providence (comme on le verra plus en détail dans les chapitres suivants).

4.3. Les règles applicables aux secteurs spéciaux

La discipline consacrée aux secteurs spéciaux mérite une réflexion distincte. Il ressort du texte des directives européennes que les institutions supranationales souhaitent pratiquer une intervention non invasive dans de nombreux secteurs⁵⁰¹ - tels que le

⁵⁰¹ Pour un examen approfondi des réformes de libéralisation dans le domaine de l'énergie et du gaz, voir M. D'ALBERTI, *Amministrazione e mercato*, in FORMEZ (ed.), *Innovazione amministrativa e crescita*, FORMEZ, 2008, p. 23. "Les directives sur l'électricité et le gaz étaient relativement prudentes : elles prévoyaient une libéralisation progressive de la demande et permettaient davantage d'ouvertures pour la construction de nouvelles usines de production et pour l'accès aux infrastructures". Pour une étude approfondie sur le processus de libéralisation et ses enjeux critiques, voir B. G. MATTARELLA, A. NATALINI, *Introduction*, in B. G. MATTARELLA, A. NATALINI (eds.), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Florence, Passigli Editore, 2013, p. 20 : " Le problème de la libéralisation n'est donc pas simplement celui de l'élimination des règles et des procédures, mais de la vérification de leur utilité, de la recherche d'un juste équilibre entre la liberté d'initiative économique et la protection des intérêts qui peuvent être menacés par les activités commerciales, du maintien de restrictions à la concurrence fonctionnelles à l'intérêt général et non à celui des catégories professionnelles ".

service des eaux⁵⁰², les produits pharmaceutiques⁵⁰³, les jeux⁵⁰⁴, le transport ferroviaire⁵⁰⁵, l'audiovisuel et la radio⁵⁰⁶ - dans lesquels les concessions attribuées sur

⁵⁰² Article 12 Directive 2014/23/UE - Exclusions spécifiques dans le secteur de l'eau 1. La présente directive ne s'applique pas aux concessions attribuées pour : a) la réalisation ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à assurer un service au public dans le cadre de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable ; b) l'alimentation de ces réseaux en eau potable. 2. La présente directive ne s'applique pas non plus aux concessions relatives à l'un ou aux deux éléments suivants, lorsqu'elles sont liées à une activité visée au paragraphe 1 ç a) les projets de génie hydraulique, d'irrigation, de drainage, lorsque le volume d'eau destiné à l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau rendu disponible par ces projets ou installations d'irrigation ou de drainage ; ou b) l'évacuation ou le traitement des eaux usées. Cf. condamnation 40 "Les concessions dans le secteur de l'eau sont souvent soumises à des régimes spécifiques et complexes qui nécessitent une attention particulière compte tenu de l'importance de l'eau en tant que bien public de valeur fondamentale pour tous les citoyens de l'Union. Les caractéristiques particulières de ces régimes justifient l'exclusion du secteur de l'eau du champ d'application de cette directive". Sur ce point, F. CAPORALE, *I servizi idrici : Dimensione economica e rilevanza sociale*, op. cit. 2017.

⁵⁰³ Voir la directive 2001/83/CE. Sur ce point, F. MERUSI, *Limiti alla concorrenza e stati "recalcitranti" : il caso recente della direttiva "codice del farmaco" non recepita dall'ordinamento italiano e del disegno di legge sugli emoderivati*, Riv. Ita. Dir. Pubb. Com. 5/2004, pp. 1187 et s., selon lequel le cas des " États récalcitrants " cachant l'autarcie derrière des valeurs limitant la concurrence ".

⁵⁰⁴ Voir considérant 35 de la directive 2014/23/UE : La présente directive ne devrait pas porter atteinte à la liberté des États membres de choisir, conformément au droit de l'Union, la manière dont ils organisent et contrôlent le fonctionnement des activités de jeux d'argent, y compris au moyen d'autorisations. Il convient d'exclure du champ d'application de la présente directive les concessions relatives à l'exploitation de loteries attribuées par un État membre à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif accordé au moyen d'une procédure autre qu'une procédure de passation de marché public conformément aux dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales applicables publiées conformément au TFUE. Cette exclusion est justifiée par l'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique qui rend inapplicable une procédure de mise en concurrence, ainsi que par la nécessité de préserver la possibilité pour les États membres de réglementer le secteur des jeux au niveau national en vertu de leurs obligations de protection de l'ordre public et de l'ordre social.

⁵⁰⁵ Voir l'article 10 de la directive 2014/23/UE excluant les concessions de transport public de voyageurs par route et par rail, M. NUNZIATA, *L'affidamento diretto del trasporto locale ferroviario tra concorrenza e protezionismo*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 1er février 2018, p. 183. Pour quelques réflexions sur la qualification du réseau comme bien public, on peut se référer à B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in Annuario AIPDA, 2003, p. 333 ; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004 ; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Padova, 2008. Avec une référence particulière aux réseaux pour la gestion des services publics locaux, A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Naples, 2015, spéc. p. 198.

⁵⁰⁶ Ainsi, le cons. 43 de la directive 2014/23/UE, selon lequel : " L'attribution de concessions relatives à certains services de médias audiovisuels et radiophoniques par les fournisseurs de services de médias devrait permettre de prendre en compte des aspects revêtant une importance culturelle ou sociale, ce qui rend inappropriée l'application des règles relatives à l'attribution de concessions. Pour ces raisons, il convient donc de faire une exception pour les concessions de services, attribuées par les fournisseurs de services de médias eux-mêmes, ayant pour objet l'acquisition, le développement, la production ou la coproduction de programmes prêts à être diffusés et d'autres services préparatoires, tels que ceux

la base de droits exclusifs ont d'abord été explicitement exclues par les directives européennes⁵⁰⁷, puis soumises à une discipline " spéciale " par rapport au règlement général⁵⁰⁸. Cela implique que leur réglementation n'est que partiellement soumise au droit européen : en fait, il s'agit de zones de marché qui n'ont pas encore été entièrement libéralisées ou qui ne sont pas susceptibles de l'être en raison de la présence d'infrastructures qui ne peuvent pas être (facilement) dupliquées et de monopoles naturels, qui sont maintenus à part en raison de leur importance stratégique et névralgique pour les économies nationales des États membres⁵⁰⁹.

Elles sont gérées non seulement par des administrations publiques, mais surtout par des entités, tant publiques que privées⁵¹⁰, qui agissent pour satisfaire des besoins d'intérêt général de nature industrielle ou commerciale. Pour cette raison, il a été nécessaire d'adopter une législation spécifique, contenue dans la directive 2004/17/CE⁵¹¹, qui a

relatifs aux scénarios ou aux prestations artistiques nécessaires à la réalisation du programme. Il convient également de préciser que cette exclusion doit s'appliquer également aux services de télévision et aux services à la demande (services non linéaires). Toutefois, cette exclusion ne doit pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire à la production, à la coproduction et à la diffusion de ces programmes". Le cadre se poursuit au considérant 44 : "La présente directive est sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion, dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion pour l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre conformément au protocole n° 29 sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, annexé au TFUE et au TUE.

⁵⁰⁷ Ces secteurs avaient initialement été exclus (d'où le nom de "secteurs exclus") de l'application du régime des marchés publics, en raison du manque important d'homogénéité des entités et des structures de marché existant dans les différents États membres. Sur ce point, voir A. CARULLO, *Appalti pubblici* (ad vocem), in Enc. Dir., 2001, 79 ; A. BROWN, *The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities*, in *Common Market Law Review*, 1993, pp. 721 et suivantes.

⁵⁰⁸ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 52.

⁵⁰⁹ Une partie de la doctrine insiste également sur le rôle stratégique des secteurs spéciaux dans la perspective de l'économie nationale ; voir A. NICODEMO, *Public Enterprises*, op. cit. p. 241. En jurisprudence, voir T. A. R. Lazio, 5 mars 2014, n° 2550. Ce n'est pas pour rien que pour beaucoup de ces secteurs, il existe des pouvoirs spéciaux entre les mains du gouvernement (c'est-à-dire un *pouvoir doré*).

⁵¹⁰ La Cour de justice (27 février 2003 C-373/2000 ; 15 mai 2003 C-214/2000) a précisé que la notion d'organisme de droit public doit être comprise de manière large, et que la nature de droit privé d'un organisme n'est pas en soi susceptible d'exclure sa nature de droit public.

⁵¹¹ Aux fins de la directive de 2004, le gaz, la chaleur et l'électricité, l'eau, les services de transport, les services postaux et l'extraction et la prospection de pétrole et d'autres combustibles sont considérés comme des secteurs spéciaux et donc soumis à une réglementation. Il convient de noter que le secteur des télécommunications est exclu de la directive (art. 30), qui est désormais considéré comme déjà compétitif, et que le secteur des services postaux (art. 6), qui n'était pas inclus auparavant dans les secteurs spéciaux, est inclus à la place.

étendu, bien que pas complètement, la discipline de la preuve publique également aux entités qui, en principe, n'étaient pas soumises à des contraintes, c'est-à-dire aux entités qui agissent sur le marché sous un régime d'oligopole ou de monopole, et qui sont donc exemptées des règles de la concurrence et du risque commercial qui y est lié⁵¹².

Cela a toutefois conduit à une situation particulière : des entités telles que les entreprises publiques et les titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, qui devraient être libres de toute contrainte procédurale prédéterminée, sont soumises à des procédures imposées par la *loi*, qui trouvent leur origine dans la discipline consacrée par la directive 2004/17/CE si elles opèrent dans les secteurs spéciaux, alors qu'elles retrouvent leur autonomie contractuelle si elles opèrent dans les secteurs ordinaires⁵¹³. En outre, la directive 2014/17/CE se caractérise par un cadre procédural plus léger et plus souple que celui des secteurs classiques introduit dix ans plus tôt, même si cette plus grande flexibilité n'est pas toujours appréciée par les pouvoirs adjudicateurs, qui se méfient des systèmes libéraux parce qu'ils impliquent une plus grande prise de responsabilités, avec des résultats qui peuvent se retourner contre ceux qui, de bonne foi, ont cru pouvoir simplifier l'action administrative⁵¹⁴. En particulier, sur un plan subjectif, la discipline s'applique aux entités adjudicatrices ou, en d'autres termes, aux pouvoirs adjudicateurs.

Dans les directives de 2014, qui traitent respectivement des contrats de concession, des marchés publics dans les secteurs "ordinaires" et des marchés publics dans les secteurs "spéciaux" - c'est-à-dire l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux -, le législateur européen a voulu cristalliser les règles applicables en la matière, définissant ainsi plus clairement les contours de l'institution, avec pour effet d'institutionnaliser ce

⁵¹² Ainsi D. NOVELLO, *Exemption du respect de la réglementation sur les preuves publiques dans les secteurs spéciaux et interprétation de l'article 121 du Code des marchés publics*, dans Riv. Ita. Dir. publ. com., fasc.3/2018, p. 655.

⁵¹³ En ce sens, les entreprises publiques sont les entreprises "sur lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de leur propriété, de leur participation financière ou des règles qui les régissent". Une définition similaire figure à l'article 2 de la directive 2006/111/CE de la Commission relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17).

⁵¹⁴ Ainsi, *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, (édité par) C. FRANCHINI, F. TITOMANLIO, 2010.

modèle contractuel, en en faisant une alternative complète aux modèles classiques de preuve publique.

Comme l'explicite le premier considérant de la directive 2014/24/UE, les raisons qui sous-tendent la nécessité d'une réglementation des marchés publics dans ces secteurs tiennent au fait que " les autorités nationales restent en mesure d'influencer le comportement de ces entités, y compris par la participation à leur capital social ou l'inclusion de leurs propres représentants dans leurs organes administratifs ", des organes de gestion ou de surveillance" ou dans le "caractère fermé des marchés sur lesquels opèrent les entités de ces secteurs, compte tenu de l'existence de droits spéciaux ou exclusifs accordés par les États membres en matière de fourniture, de mise à disposition ou d'exploitation de réseaux destinés à fournir le service en question", de nature à exiger la création d'une concurrence artificielle par l'imposition de preuves publiques dans l'attribution des marchés⁵¹⁵.

Il convient également d'adopter certaines règles de coordination pour l'attribution de concessions de travaux et de services dans les secteurs de l'énergie, des transports et des services postaux, étant donné que les autorités nationales peuvent influencer le comportement des entités opérant dans ces secteurs, et compte tenu du fait que les marchés sur lesquels elles opèrent sont fermés en raison de droits exclusifs ou spéciaux accordés par les États membres concernant la fourniture, l'établissement ou l'exploitation des réseaux pour la prestation des services en question⁵¹⁶.

Au sein des secteurs spéciaux, il est prévu un mécanisme par lequel les activités qui en font partie peuvent être retirées de leur champ d'application s'il est démontré qu'elles sont "directement exposées à la concurrence"⁵¹⁷. La disposition européenne en question, également connue sous le nom de *clause de libéralisation*, décrit, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, un dispositif à géométrie variable destiné à prendre acte des résultats des processus de libéralisation imposés aux États membres par les institutions communautaires elles-mêmes, établissant le caractère superflu du respect

⁵¹⁵ Voir F. VETRÒ, *I settori speciali*, in C. Franchini (ed.), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno - E. Gabrielli (dir.), R. GRECO, *Le norme applicabili e il regime dei contratti relativi a più settori*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli (ed.), *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit. Sur ce sujet, voir également L. IANNOTTA, *Gli appalti esclusi*, in R. Garofoli - M.A. Sandulli (eds.), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milan, 2005, pp. 69 et ss.

⁵¹⁶ Ainsi, le considérant 10 de la directive "Concessions" de 2014.

⁵¹⁷ En raison des dispositions de l'article 34 de la directive 2014/25/UE.

de la discipline de la preuve publique⁵¹⁸ lorsqu'il apparaît que le marché de référence est déjà en soi un marché librement contestable⁵¹⁹. En formulant différemment le même concept, on pourrait dire que la disposition examinée impose un contrôle sur l'existence, dans le secteur particulier examiné, de ces droits spéciaux ou exclusifs⁵²⁰ qui constituent la condition préalable à l'application des règles de preuve publique spécifiquement dictées pour les entités opérant dans les secteurs examinés⁵²¹.

L'objectif en question, qui est une conséquence du caractère prééminent, dans la discipline des secteurs spéciaux, de la finalité de promotion de la concurrence par rapport à celle (qui n'est d'ailleurs que possible, étant donné que toutes les entités opérant dans ces secteurs n'utilisent pas de ressources publiques) de l'allocation efficace des ressources publiques et à celle relative à la lutte contre la corruption⁵²², est

⁵¹⁸ Voir M. PROTTO, *Settori speciali a geometria variabile*, in R. De Nictolis (ed.), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali*, Vol. III, Milan, 2007, p. 549.

⁵¹⁹ Comme l'écrivait déjà efficacement la communication de 1998 sur les marchés publics dans l'Union européenne, "lorsqu'il est établi qu'il existe une concurrence effective dans un secteur, les contraintes imposées par la directive devraient être supprimées". Sur ce sujet, voir F. CINTIOLI, "*D'intérêt général et n'ayant pas un caractère industriel ou commercial*" : *le besoin ou l'activité ? (brèves notes sur l'organisme de droit public)*, in *Services et contrats publics*, 2004, p. 79 ; S. CADEDDU - S. FIENGA, *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*, in M. CLARICH (édité par), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Turin, 2010, p. 1005 ; L. LOMBARDI, *Commentaire de l'art. 219*, in M. Baldi - R. Tomei (édité par), *La disciplina dei contratti pubblici*, Milan, 2001, p. 1530 et suivantes.

⁵²⁰ C'est-à-dire, comme le prévoit l'article 4, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE, les droits dont l'attribution n'a pas été faite selon une procédure fondée sur une publicité adéquate et des critères objectifs).

⁵²¹ 20 de la directive 2014/25/UE (qui précise que " les droits accordés au moyen d'une procédure fondée sur des critères objectifs, notamment conformément au droit de l'Union, et sur la base de laquelle une publicité adéquate a été assurée, ne constituent pas des droits spéciaux ou exclusifs aux fins de la présente directive " et que " les droits accordés sous quelque forme que ce soit [...] y compris au moyen d'actes de concession, par d'autres procédures fondées sur des critères objectifs et lorsqu'une publicité adéquate a été assurée, ne constituent pas des droits spéciaux ou exclusifs aux fins de la définition du champ d'application de la présente directive ratione personae"). Il résulte donc de ce qui précède que même une concession accordant à un sujet l'exercice exclusif d'une certaine activité, si elle est accordée sur la base de critères objectifs, ne constitue pas un droit spécial ou exclusif, même si elle implique clairement une limitation quant à la possibilité pour d'autres opérateurs économiques d'exercer cette même activité : voir C. ACOCELLA, *Commentaire de l'article 212*, in L.R. Perfetti (éd.), *Code des marchés publics commenté*, Milan, 2013, p. 2237.

⁵²² Voir S. CADEDDU - S. FIENGA, *op. cit.*, p. 1003 et s. Sur le thème de la convergence entre les objectifs du droit européen des marchés publics et du droit européen de la concurrence, voir A.S. GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, Oxford - Portland, 2011, p. 110 et s. Sur le thème plutôt de la prévention de la corruption dans le secteur des marchés publics tel que réglementé par l. 6 novembre 2012, n° 190 portant " Dispositions pour la prévention et la répression de la corruption

poursuivie (comme on peut le déduire du contenu du considérant 38 de la directive 2004/17/CE⁵²³) par l'application généralisée aux secteurs spéciaux encore soumis à l'obligation d'adjudication de la procédure d'exemption, relevant de la compétence de la Commission, qui n'était auparavant prévue, en raison des dispositions contenues dans les directives 93/38/CEE et 94/22/CE, que pour le secteur de la prospection et de l'extraction de pétrole, de gaz, de charbon ou d'autres combustibles solides.

En résumé, pour qu'une activité donnée relevant de l'un des secteurs spéciaux puisse bénéficier d'une mesure d'exemption, deux conditions doivent être remplies : que le marché en question soit librement accessible et que l'activité économique faisant l'objet de l'exemption soit, dans le pays où elle est exercée, directement exposée à la concurrence.

Il s'agit donc de savoir, dans le contexte réglementaire considéré, quelle est la dynamique générale qui caractérise la législation réglementaire visant à garantir la compétitivité d'un secteur de marché donné, qui perd sa raison d'être lorsque ce secteur, grâce précisément à cette législation, finit par devenir librement contestable⁵²⁴.

L'exigence d'accessibilité d'un marché est remplie lorsqu'il y a eu transposition par l'État membre des directives visées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE destinées à assurer que l'entrée sur ce marché se fait sur la base de conditions objectives et non discriminatoires, et donc dans la mesure où un mécanisme d'attribution par voie de concurrence a été introduit. En d'autres termes, le législateur européen lie la possibilité

et de l'illégalité dans les administrations publiques ", voir G. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, par. 17-25, 32 et 52-58)*, in B. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La loi anti-corruption. Prevenzione e repressione della corruzione*, Turin, 2013, p. 125 et suivantes.

⁵²³ Récital n°. 38 de la directive 2004/17/CE prévoit ce qui suit : "Afin d'éviter la multiplication des régimes spéciaux ne concernant que certains secteurs, il convient que le régime spécial actuel prévu à l'article 3 de la directive 93/38/CEE et à l'article 12 de la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospecter, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures, qui régit les entités exploitant une zone géographique pour la prospection ou l'extraction de pétrole, de gaz, de charbon ou d'autres combustibles solides, soit remplacé par la procédure générale permettant l'exemption des secteurs directement exposés à la concurrence." Voir à ce sujet L. DANIELE, *Libéralisation des marchés et discipline communautaire des marchés publics : le cas du transport ferroviaire de voyageurs*, in C. Franchini - F. TITOMANLIO, *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, Turin, 2010, p. 58.

⁵²⁴ Voir G. ROSSI - M.E. BARONE, *Prospecting for and extraction of oil, gas, coal and other solid fuels*, in A. Sandulli - R. De Nictolis - R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V (I settori speciali. L'esecuzione), Milan, 2008, p. 3274.

d'exemption des exigences de preuve publique des secteurs dits spéciaux au fait que, dans l'ordre juridique de l'État membre, les directives de libéralisation adoptées en référence au même⁵²⁵ ont été mises en œuvre, donnant ainsi lieu à une présomption sur la base de laquelle les marchés affectés par une réglementation nationale transposant les règlements de l'Union européenne en la matière sont réputés concurrentiels⁵²⁶.

Certains ont reconnu dans la disposition en question une présomption *iuris et de jure* de contestabilité d'un marché libéralisé⁵²⁷, d'autres considèrent qu'il est plus correct de parler à cet égard d'une présomption *iuris tantum*⁵²⁸, étant donné que, en raison du fait qu'un marché libéralisé n'est pas nécessairement encore un marché concurrentiel⁵²⁹, la procédure d'exemption passe par une vérification supplémentaire, à savoir celle de la compétitivité (effective).

Ce test, qui repose sur l'hypothèse que si un secteur spécial donné "est soumis à la même pression concurrentielle que les marchés non réglementés, cela élimine le risque que la politique d'achat des opérateurs soit faussée par des facteurs non économiques"⁵³⁰, est effectué sur la base de "critères conformes aux dispositions du TFUE en matière de concurrence", qui peuvent inclure les caractéristiques des produits ou services concernés, l'existence d'autres produits ou services considérés comme substituables du côté de la demande ou de l'offre, les prix et la présence réelle ou potentielle de plusieurs fournisseurs des produits ou services en question"⁵³¹.

⁵²⁵ La liste des directives à prendre en compte pour l'exemption figure à l'annexe XI de la directive 2014/25/UE ainsi qu'à l'annexe VII du décret législatif n° 163/2006 et désormais à l'annexe VI du décret législatif n° 50/2016.

⁵²⁶ Cf. F. CALCULLI, *Art. 219. Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza*, in R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, t. 2 (artt. 121-257), Bari, 2009, p. 1680.

⁵²⁷ Ainsi R. PALASCIANO, *Gli appalti pubblici nei settori speciali. Soglie di rilevanza comunitaria, ambito di applicazione e disciplina applicabile (artt. 206-219)*, in M. Sanino, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2006, p. 810.

⁵²⁸ Ainsi D. IELO - R. ROTELLI, *op. cit.* p. 1899.

⁵²⁹ D'autre part, " un marché pourrait être entièrement libéralisé mais peu contestable en raison des barrières d'accès au détriment des entreprises, de la faible mobilité ou de la rareté des ressources employées ou potentiellement employables, et de l'inadéquation de l'information entre la demande et l'offre " : ainsi A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Naples, 2008, p. 405.

⁵³⁰ Ainsi M. CLARICH, *Rapport sur les contrats publics et la concurrence*, 61e Conférence des études administratives sur " La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione ", Varenna, 17-19 septembre 2015, p. 23.

⁵³¹ Ainsi, l'article 34, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE prévoit. Il s'agit essentiellement d'une analyse fondée sur le test SSNIP (Small but Significant Non-transitory Increase in Price), c'est-à-dire

Il convient également de noter que, dans les mesures d'exemption adoptées par la Commission, une distinction claire n'est pas toujours établie entre les deux profils d'analyse prescrits, qui ont parfois tendance à être confondus.

Dans tous les secteurs spéciaux, l'attribution des marchés est soumise aux dispositions sectorielles pertinentes, mais elle doit toujours respecter les principes généraux d'économie, d'efficacité, d'impartialité, d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité, de publicité, de protection de l'environnement et d'efficacité énergétique⁵³². Les entités opérant dans ces secteurs sont en tout cas tenues de respecter les procédures d'appel d'offres lors de la passation de marchés de travaux, de services ou de fournitures utiles à l'exercice des activités concernées si certaines conditions de départ sont remplies⁵³³. En substance, ce sont principalement les disciplines spécifiques de ces secteurs stratégiques qui affectent la discipline concernée.

Les principes qui doivent guider les activités de négociation des organismes publics nationaux et locaux sont appliqués aux secteurs spéciaux⁵³⁴. Eh bien, il est bien connu que l'influence européenne a libéré la discipline de la preuve publique de la nuance comptable originelle de la protection de l'administration en termes d'économies de

sur la substituabilité du côté de l'offre et de la demande : voir D. IELO - R. ROTELLI, *article 219*, in V. Italia (ed.), *Le nuove leggi amministrative. Code des marchés publics*, op. cit., p. 1910 et suivantes.

⁵³² Sur la valeur centrale des principes dans la réglementation des services publics, voir R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 1/2000, p. 41 et s. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, p. 71 et s., selon lequel, notamment, " on pourrait finalement dire que la concurrence, loin d'être un principe directeur de l'activité des pouvoirs adjudicateurs, n'est rien d'autre que la retombée pratique de l'application des principes d'impartialité et d'égalité de traitement, de publicité et de transparence à l'acte individuel d'échange ".

⁵³³ 1) il s'agit de pouvoirs adjudicateurs, catégorie qui comprend, comme on l'a vu plus haut, les organismes de droit public ; 2) il s'agit d'entreprises publiques ; 3) il s'agit d'entreprises (privées) opérant dans les secteurs susmentionnés en vertu de droits spéciaux ou exclusifs qui leur sont accordés (selon des modalités particulières) par l'autorité compétente d'un État membre.

⁵³⁴ Ainsi G. PIPERATA, *Le 'omissioni' del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi*, *La finanza locale*, 2001.

coûts⁵³⁵ pour protéger plus immédiatement l'efficacité obtenue par la libre concurrence⁵³⁶.

En ce qui concerne le champ d'application subjectif, la principale différence entre les secteurs "ordinaire" et "spécial" consiste en l'inclusion, parmi les entités adjudicatrices opérant dans ces derniers, d'entités qui exercent des activités entrepreneuriales au sens strict du terme et qui, néanmoins, sont tenues, sous certaines conditions, de respecter les procédures d'appel d'offres lors de la passation de marchés de travaux, de services et de fournitures⁵³⁷. Selon la jurisprudence européenne, le statut juridique public ou privé d'une entité ne devrait pas affecter sa qualification d'entreprise⁵³⁸. Les entreprises publiques sont définies dans les différents textes juridiques européens comme des entreprises soumises à une influence publique dominante, donc comme une *espèce* du genre "entreprise"⁵³⁹.

La réglementation des secteurs spéciaux peut être étendue si les contrats sont liés par un lien instrumental à une activité relevant des secteurs spéciaux. Cette exclusion, prévue pour les marchés du secteur spécial par la législation nationale en vigueur à l'époque, a été déduite par la jurisprudence nationale également pour les marchés de

⁵³⁵ Voir, entre autres, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, p. 677, note que "le contrat de preuve publique est introduit par la législation pour une raison pratique - pour freiner les abus des fournisseurs de l'Etat, en particulier les militaires - et pour une raison de cohérence avec le système du droit administratif. En particulier avec le principe de légalité".

⁵³⁶ Ainsi, M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2/2008, p. 297 et suivantes, où l'on souligne comment la discipline des marchés publics a subi une modification importante avec l'introduction du principe et des règles de la libre concurrence, contenus dans le Traité CE et dans la législation communautaire dérivée transposée dans notre système. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. FRANCHINI (ed.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Turin, 2007, pp. 53 et s., selon lequel c'est précisément la transformation de la discipline sur les contrats, non plus seulement préordonnée à la protection de l'intérêt public mais, surtout, dirigée à garantir l'intérêt des parties privées, grâce à une mise en œuvre de la concurrence, qui impose la permanence des traits publicistes dans la discipline des contrats de l'administration publique.

⁵³⁷ En ce qui concerne la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et entreprises, le profil du risque économique semble être d'une importance fondamentale. Les premiers, selon la réflexion sur l'organisme de droit public, seraient caractérisés par le fait qu'ils ne supportent pas le risque commercial.

⁵³⁸ Sur ce point M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, 80 ; H. SCHRÖTER, *Die Wettbewerbsregeln für Unternehmen*, 168 ; V. LOURI, "Undertaking" as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules, op. cit. p. 159 et suivantes.

⁵³⁹ Cela correspond d'ailleurs à l'orientation dominante de la doctrine nationale. La vérification du respect de la méthode économique et la prise en charge du risque commercial sont donc essentielles.

services qui, bien que ne relevant pas des secteurs spéciaux, sont liés à ceux-ci par un lien instrumental⁵⁴⁰.

5. LA NOTION PROBLÉMATIQUE DE « SERVICES » EN DROIT EUROPEEN ET LE RAPPORT AVEC LES SERVICES PUBLICS

La question de la nature et de la discipline applicables aux concessions de services en droit européen est clairement liée à la question de l'étendue des "services" faisant l'objet d'un contrat ou d'une concession, et à la relation avec le concept traditionnel de "service public"⁵⁴¹.

L'attention communautaire à la question des services publics s'est accrue depuis les années 1980⁵⁴² : les processus de privatisation et de libéralisation qui ont eu lieu dans les États membres sous l'influence de l'Europe ne permettent une présence publique qu'en cas de défaillance du marché⁵⁴³.

Afin d'intégrer dans le cadre européen les nombreuses activités économiques d'intérêt public impliquant des entreprises de différents États membres, le système juridique européen prend comme référence une notion très large de "services" qui ne coïncide pas avec celle des systèmes juridiques nationaux, ni avec celle du service public⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Voir S. SPUNTARELLI, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.3/2018, p. 985.

⁵⁴¹ Sur cette catégorie, cf. G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milan, 2002, p. 258 et suivantes ; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale : contributo allo studio del modello sociale europeo*, Turin, 2008 ; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario : nozione e principi*, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2008, p. 1063 ; L. BERTONAZZI et R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in Tratt. Dir. amm. eur., édité par M. P. Chiti et G. Greco, IV, 2e éd., Milan, 2009, p. 1791 et s. ; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milan, 2010 ; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza 'limitata' : profili interni, comunitari e internazionali*, Naples, 2010.

⁵⁴² Dès les années 1970, M.S. Giannini montre comment l'ouverture au marché n'a eu jusqu'alors aucun effet sur la constitution économique : *Il finanziamento alle imprese con risorse della collettività*, in Giur. comm. IV, 1977.

⁵⁴³ Ainsi M. CLARICH, *L'ibernation du c. 3 et le réveil du c. 1 art 41 Const. in Services publics et droit européen de la concurrence*, op. cit.

⁵⁴⁴ Ce thème est approfondi par SANTINI, *I servizi*, Bologna, 1988.

Dans ce contexte, la doctrine nationale des États membres⁵⁴⁵ s'est interrogée en amont sur la coïncidence de la notion avec celle de service public, et sur la possibilité de soumettre cette notion à une discipline dérogatoire et exorbitante du droit commun⁵⁴⁶. En tout état de cause, le droit européen a contribué à renforcer la dimension objective des services publics, en tant que services établis par les autorités publiques mais pouvant être exercés par des sujets tant privés que publics et qui, précisément pour cette raison, sont soumis à une discipline qui n'est que partiellement éloignée des règles de la concurrence. Selon l'approche fonctionnelle qui caractérise le droit européen, un service est "public" s'il est rendu au public pour la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, sans qu'il soit déterminant de distinguer entre un prestataire public ou privé⁵⁴⁷. Comme on le sait, les services d'intérêt général (SIG) sont des services que les autorités publiques des États membres de l'UE classent comme étant d'intérêt général et qui sont donc, d'une part, soumis à des obligations spécifiques de service public, mais, d'autre part, partiellement soumis aux règles de la libre concurrence - des exceptions à ces règles sont possibles, le cas échéant, pour garantir aux citoyens l'accès aux services de base⁵⁴⁸.

Bien que traditionnellement exercées directement par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'entreprises publiques, elles peuvent être fournies tant par l'État que par le secteur privé⁵⁴⁹. Les sous-catégories de SIG, selon la tripartition la plus récente,

⁵⁴⁵ Sur le sujet G. MORBIDELLI, *Conférence Ordinamenti amministrativi e servizi pubblici, prononcée lors de la première session des séminaires de l'école doctorale en sciences juridiques*, Bologne, Spisa, 2005, Voir aussi VILLATA,

⁵⁴⁶ C'est possible, et la preuve en est la disposition de compétence exclusive prévue par la législation italienne, l'art. 33 du décret législatif n° 80 du 31 mars 1998, et la lecture à orientation constitutionnelle faite par la sentence de la Cour constitutionnelle n° 204 du 6 juillet 2004 in *Dir. proc. amm.* 2004, p. 799 et s. avec les notes de V. CERULLI-IRELLI, *Compétence exclusive et action compensatoire dans la sentence de la Cour constitutionnelle*, op. cit.

⁵⁴⁷ C'est ce que prévoit l'article 56, paragraphe 1, dont les principes ont été mis en œuvre par la directive 2006/123/CE.

⁵⁴⁸ Comme le précise la communication de 2006 sur les SSIG, "le traité sur l'Union européenne reconnaît la liberté des États membres de définir des missions d'intérêt général et d'établir les principes d'organisation qui en découlent pour les services destinés à les mettre en œuvre" (paragraphe 2.1). En ce sens, voir également CEDH, II, 15 juin 2005, T-17/2002, Olsen c. Commission (paragraphe 2.1).

⁵⁴⁹ Voir sur ce point G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale : una risorsa economica contesa*, 2009, selon lequel, jusqu'à la dernière décennie du siècle précédent, le secteur des services publics était majoritairement considéré comme un marché réservé aux autorités publiques, l'opérateur privé concerné ne jouant, tout au plus, un rôle actif que dans le cadre d'une dynamique de collaboration ou de concession. Depuis cette période, le législateur communautaire a mis en œuvre des politiques

sont les services économiques d'intérêt général (SIEG)⁵⁵⁰, les services non économiques - qui ne sont pas soumis à une législation européenne spécifique, ni aux règles du marché intérieur et de la concurrence - et les services sociaux d'intérêt général, de nature économique et non économique, qui répondent aux besoins des citoyens vulnérables et sont fondés sur les principes de solidarité et d'égalité d'accès⁵⁵¹.

A vrai dire, la première catégorie à se développer en droit communautaire est celle des SIEG⁵⁵², mais à partir de la fin des années 1990, elle a été ramenée, au moins au niveau

visant à ramener certains services publics sur le marché concurrentiel, obligeant les pouvoirs publics à assumer un rôle limité à l'intervention réglementaire. Cela a conduit à un affaiblissement de la notion de service public et on parle désormais d'"*effritement du myte*", ainsi J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, PUF, 5 éd., 2003, p. 44.

La définition du service d'intérêt général (SIG) exprimée dans le livre vert de 2003, et basée sur les principes de continuité, d'universalité, d'accessibilité financière et de protection des consommateurs-utilisateurs. V. COM (2011) 900 final, communication de la commission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe.

⁵⁵⁰ V. SWD (2013) 53 final/2, document de travail des services de la commission Guide sur l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur aux services d'intérêt économique général, et en particulier, aux services sociaux d'intérêt général. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, Giuffrè, 2010 ; G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Turin, Giappichelli, 2008, p. 29 ; *Servizi essenziali e diritto comunitario*, édité par L.G. Radicati di Brozolo, Turin, Giappichelli, 2001.

⁵⁵¹ Voir le troisième rapport bisannuel sur les services sociaux d'intérêt général accompagnant le document Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Vers un investissement social pour la croissance et la cohésion - y compris la mise en œuvre du Fonds social européen 2014-2020, Bruxelles, 20.2.2013.

⁵⁵² Sur le problème des rapports entre la catégorie domestique des services publics approfondis et la notion communautaire de SIEG, voir M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale : evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, pp. 181 et suivantes ; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 1999 ; G. CORSO, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, I, pp. 9 et suivantes ; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici e servizi pubblica utilità)*, in *Dir. pubbl.* SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 371 et suivantes ; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padoue, Cedam, 2001 ; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milan, Giuffrè, 2002, pp. 63 et suivantes ; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tradizione nazionale e prospettive europee*, Padua, Cedam, 2003 ; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005 ; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 1 ff. Pour les services locaux, voir G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Bologna, 2005, pp. XI-492.

de la *soft law*, dans la catégorie plus large des "services d'intérêt général" (SIG)⁵⁵³, dans la conscience que ce sont des activités tant économiques que non économiques qui caractérisent le modèle européen de société sur lequel doit se fonder le processus d'intégration communautaire, dans la mesure où elles poursuivent des finalités générales préfigurées par les pouvoirs publics⁵⁵⁴.

C'est le traité de Lisbonne⁵⁵⁵ qui mentionne pour la première fois dans un acte législatif la catégorie des "services d'intérêt général", en leur consacrant un protocole spécifique (n° 26) ; le texte le rappelle : " Les valeurs communes de l'Union en ce qui concerne le domaine des services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du TFUE comprennent notamment : le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général au plus près des besoins des utilisateurs⁵⁵⁶ ; la diversité des services d'intérêt économique général et les différences de besoins et de préférences des utilisateurs qui peuvent résulter de situations géographiques, sociales et culturelles différentes un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité financière, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des

⁵⁵³ Si les SEI ont, en plus, une pertinence économique, on entre dans le domaine des SIEG (Services d'intérêt économique général), qui sont considérés comme existant lorsqu'il y a une offre d'une entreprise sur un marché réel ou potentiel pour de tels services, indépendamment du statut juridique de l'entreprise et du mode de financement (voir Cour de justice de l'Union européenne, affaires jointes C-180/98 - C - 184/98 - Pavel et autres, 12.09.2000). CJCE, III, 12 février 2008, T-289/2003, T-289/03, BUPA, cit. Le Parlement européen lui-même a appelé à un renversement de l'approche traditionnelle, car "dans le cas des SSIG, les règles relatives à la concurrence, aux aides d'État et au marché intérieur doivent être compatibles avec les obligations de service public et non l'inverse" (point 5 de la résolution du Parlement européen sur les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, 14 mars 2007, 2006/2134 - INI).

⁵⁵⁴ Sur ce thème, voir A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, Riv. Trim. Dir. Pubbl., fasc.1, 1er mars 2015, p. 89.

⁵⁵⁵ Voir 2007/C 306/01, modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, entré en vigueur le 1er décembre 2009.

⁵⁵⁶ À cet égard, une récente déclaration officielle à l'issue de la 23e Assemblée générale des municipalités et régions d'Europe (Déclaration de la 23e Assemblée générale des municipalités et régions d'Europe, L'avenir des services publics en Europe : Réponses aux attentes de nos concitoyens, Innsbruck, 12 mai 2006) le "principe de l'autonomie locale et régionale a été fortement souligné, ce qui donne à chaque autorité le droit de choisir la meilleure façon pour l'intérêt public de fournir et de financer les services - que ce soit en monopole, par partenariat public/privé, ou par concession à un opérateur externe" voir sur ce point G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale : una risorsa economica contesa*, op. cit.

utilisateurs"⁵⁵⁷ ; "les dispositions des traités n'affectent pas la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services d'intérêt général non économiques"⁵⁵⁸.

Quant au SIEG, il s'agit d'une notion qui est apparue pour la première fois dans le droit communautaire afin de poursuivre l'objectif d'une intégration maximale du marché, en laissant de côté une notion rigide du service public qui appartient aux États membres⁵⁵⁹. Il est bien connu, en effet, que la catégorie même de SIEG suppose la responsabilité première des États membres en ce qui concerne la définition de la mission spécifique d'intérêt général⁵⁶⁰ dont la poursuite, à travers l'identification d'obligations de service public, peut justifier d'éventuelles limitations ou restrictions de la concurrence, conformément à l'article 106, paragraphe 2, du TFUE⁵⁶¹. En fait, tant la Cour de justice, lorsqu'elle a appliqué la clause de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, que certaines législations sectorielles (telles que celles relatives aux marchés publics et aux aides d'État) ont essentiellement continué à reconnaître l'espace d'exercice de la souveraineté des États en matière de politiques sociales, assurant une certaine flexibilité dans

⁵⁵⁷ Ainsi, l'article 1 du Protocole n° 26.

⁵⁵⁸ Ainsi, l'article 2 du Protocole n° 26. Au sujet de l'"européanisation des services publics" et du principe de concurrence, voir G. PIPERATA, *Typicité et autonomie dans les services publics locaux*, op. cit. p. 187 et suivantes, qui souligne le caractère critique de la typicité face aux effets institutionnels européens.

⁵⁵⁹ "L'Europe n'instruit pas le procès du ou le service public, elle fait pire : elle ignore largement la notion de service public et l'existence de service public", ainsi le rapport du Conseil d'Etat de 1994 concernant le service public communautaire, "Service public, services publics : déclin ou renouveau ?". EDCE 1994, 46, p. 38. Une partie minoritaire de la doctrine française accepte l'expression euro-compatible de service d'intérêt général D. TRUCHET, *Renoncer à l'expression service public*, AJDA 2008, p. 553 ; au contraire G. MARCOU, *Maintenir l'expression service public*, AJDA 2008, p. 883. En général, la doctrine dominante reste fidèle au *public du service d'expression*. En outre, la diversité subsiste au sein de l'Union : en *common law*, les *services publics* désignent des activités d'intérêt général, mais ne représentent pas un concept unique d'action administrative ; en Allemagne, les services d'intérêt général sont souvent fournis au niveau local par le lander, N. BELLOUBET-FRIER, *Les différentes conceptions de service public dans les Etats membres de l'UE*, RRJ 200, 199.

⁵⁶⁰ Sur lequel voir T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, Paris, LGDJ, 2001, 128.

⁵⁶¹ L'article 106, paragraphe 2, du TFUE introduit la possibilité de limiter l'application des règles de concurrence pour assurer l'accomplissement de la " mission spécifique " du SIEG : sur cette disposition, A. MOLITERNI, *Solidarité et concurrence dans la discipline des services sociaux*, op. cit. spéc. p. 91 ; E. SZYSZCZAK, *Public Service Provision in Competitive Markets*, in 20 Yearbook of European Law (2001), 46 ; J. BAQUERO CRUZ, *Beyond Competition*, op. cit. p. 173 ; C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 15 ; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit. spéc. pp. 86 et suivantes.

l'application du droit européen⁵⁶².

Sur ce point, il convient de souligner que, malgré quelques incertitudes initiales, il est désormais reconnu aux États membres une large liberté tant dans l'identification et la définition de ce qui constitue l'"intérêt général" que dans l'organisation du service⁵⁶³ : en effet, d'une part, il existe une sorte de regard de la Cour de justice sur le contrôle de l'identification et de la définition de l'intérêt général, qui n'est limité qu'à l'erreur manifeste⁵⁶⁴. L'harmonisation dans ce domaine pourrait se fonder sur l'article 14 du TFUE, qui confère au Parlement européen et au Conseil le pouvoir de fixer, par voie de règlement, les principes et conditions permettant à ces services d'accomplir leurs missions⁵⁶⁵.

Ainsi, la catégorie juridique des SIEG⁵⁶⁶, synthèse des valeurs et principes des

⁵⁶² M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2008, spéc. pp. 119 et suivantes, souligne un équilibre plus équilibré entre les impératifs économiques et les valeurs sociales dans le système juridique européen.

⁵⁶³ Comme le précise la communication de 2006 sur les IES, "le traité sur l'Union européenne reconnaît la liberté des États membres de définir des missions d'intérêt général et de fixer les principes d'organisation qui en découlent pour les services destinés à les mettre en œuvre" (paragraphe 2.1). En ce sens, voir également CEDH, II, 15 juin 2005, T-17/2002, Olsen c. Commission (paragraphe 2.1).

⁵⁶⁴ Voir EUtribunal, V, 7 novembre, 2012, T-137/10, Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé/Commission, selon lequel " les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme un SIEG, définition qui ne peut être remise en cause par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste " (point 99). Par la suite, le "test de proportionnalité" de la mesure réglementaire adoptée ne va pas jusqu'à imposer à l'État la charge de démontrer l'impossibilité de recourir à une mesure moins restrictive de concurrence, S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation*, op. cit. p. 125 ; J.L. BUENDIA SIERRA, *Droits exclusifs*, op. cit. p. 283. En général, sur le principe de proportionnalité en droit communautaire E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Milan, Giuffrè, 2000, p. 6 et s. ; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 655 et s.

⁵⁶⁵ A. WINTERSTEIN, *Le marché intérieur et les services d'intérêt économique général*, in *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, édité par G. Amato, H. Bribosia et B. De Witte, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 656 et suivantes. Ainsi dans le protocole Tfe sur les SIEG : dans un sens critique de cette formulation, D. Damjanovic et B. De Witte, *Welfare Integration through EU Law : The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty*, in *EUI Working Paper*, 2008, no. 34, p. 657. Il convient également de souligner que l'article 14 du TFUE réaffirme lui-même les compétences des États membres "pour fournir, exécuter et financer ces services".

⁵⁶⁶ Et, en effet, bien que dans le dictionnaire communautaire l'adjectif "économique" soit associé à "intérêt", ce n'est que l'activité - et non l'intérêt - qui est de nature économique, comme le souligne D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit. p. 363. Or, c'est précisément l'activité qui sous-tend la plupart des services sociaux qui organise un véritable transfert de richesse, en offrant aux usagers un accès gratuit (ou à coût réduit) à des services en nature ou à des services qui pourraient abstraitement faire l'objet d'un gain économique et, par conséquent, être disputés sur un marché potentiel.

différents modèles européens de service public et de la perspective du marché unique⁵⁶⁷, devient l'archétype de la protection adéquate de l'intérêt général lié à la prestation d'un service⁵⁶⁸. Le droit européen, à travers la notion de SIEG, a sans doute opéré un glissement du service " public " vers l'intérêt " général " qui sous-tend ce service et qui justifie le maintien d'un régime dérogatoire à l'égard des services ordinaires qui ne présentent pas d'intérêt général⁵⁶⁹. L'une et l'autre, cependant, dans la mesure où elles ont pour objet des activités d'importance " économique ", c'est-à-dire exerçables sous des formes entrepreneuriales, sont de toute façon soumises - bien que de manière différente - aux règles de la concurrence et aux principes de la liberté économique, puisqu'il s'agit de toute façon de services qui sont abstraitement contestables par les opérateurs du marché⁵⁷⁰. Comme mentionné ci-dessus, le système juridique européen a opposé les services économiques d'intérêt général aux services non économiques, pour lesquels les règles de concurrence ne s'appliquent pas et qui restent dans la sphère de compétence exclusive des différents États membres⁵⁷¹. Cependant, on constate un vidage progressif de la catégorie des services non économiques au profit des services économiques, comme le montre la jurisprudence de la Cour de justice en matière de sécurité sociale et de services sociaux⁵⁷².
L'"intérêt" du droit communautaire pour les services sociaux découle de la nécessité de

⁵⁶⁷ Et en particulier, de la notion française de service public avec la notion anglo-saxonne de *réglementation des services publics*, comme le souligne N. RANGONE, *I servizi pubblici*, op. cit. 19 et suivants.

⁵⁶⁸ Comme l'a souligné G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *Dir. Ue*, 1996, pp. 731 et suivantes, la règle SIEG codifie un modèle centré sur l'équilibre entre les valeurs sociales et politiques d'intérêt général et la réalisation du marché intérieur.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ Toutefois, la nécessité (agréable) pour la Cour de minimiser la pertinence de la qualification subjective au niveau national aux fins de l'application du droit communautaire a eu pour effet de faire entrer ces sujets sic et simpliciter dans la notion d'engagement ; voir A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza*, op. cit.

⁵⁷¹ Le SIG catégorie englobant toute activité d'intérêt général économique (soumise aux règles de la concurrence) et non (art. 2 protocole n. 26 SIG).

⁵⁷² A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza*, cité ; F. DE LEONARDIS, *La Corte di giustizia ed il principio di solidarietà nei regimi previdenziali*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2002, pp. 333 ss. C. giust. Ce, 17 février 1993, affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Christian Poucet contre Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon et Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans, in *Foro it.*, 1994, 4, 113, où les fonds de pension ont été exclus de la qualité d'entreprise.

démarrer ce secteur du secteur typiquement commercial⁵⁷³. Il s'agit d'une application souple des règles de concurrence puisque l'activité entrepreneuriale est en tout état de cause étroitement liée à la mission d'intérêt général⁵⁷⁴. Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour de justice européenne a su combiner l'application des règles de concurrence avec la nécessité de garantir le respect des intérêts sociaux du service⁵⁷⁵. L'attitude de déférence substantielle de la part du système juridique communautaire - due également à la reconnaissance de la centralité du service public dans le contexte social européen⁵⁷⁶ - pourrait jouer un rôle encore plus décisif dans le contexte de la troisième catégorie de services sociaux, notamment en ce qui concerne le moment (préliminaire) de la définition des besoins spécifiques d'intérêt général à garantir⁵⁷⁷. Aujourd'hui déjà, en effet - en raison également des grandes difficultés et des incertitudes d'interprétation qui caractérisent l'examen préliminaire de la "pertinence économique abstraite" de l'activité - la Cour a semblé dans certains cas atténuer encore l'intensité du contrôle de la compatibilité de la mesure avec l'article 106, paragraphe 2, lorsque des activités ou des services ayant une finalité sociale plus marquée sont pris en considération. En substance, une telle finalité - qui n'a pas été jugée suffisante pour exclure *a priori* la nature économique de l'activité - pourrait venir conditionner, dans un "second temps", l'enquête sur la nécessité et la proportionnalité de la dérogation à la concurrence, en vertu de l'article 106, paragraphe 2⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Voir A. MOLITERNI, *Solidarité et concurrence*, op. cit. Voir également, dans ce sens, la communication ultérieure de la Commission intitulée "Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen", COM(2007) 725/DEF du 20 novembre 2007, où les services non économiques sont décrits comme "ceux qui relèvent des prérogatives traditionnelles de l'État, tels que la police, la justice et les régimes légaux de sécurité sociale", en raison du fait qu'ils ne sont pas soumis à des réglementations communautaires spécifiques, ni aux règles du traité relatives au marché intérieur et à la concurrence.

⁵⁷⁴ Ainsi, V. SALVIA, *Il servizio pubblico, una particolare conformazione dell'impresa*, op. cit.

⁵⁷⁵ Avant les arrêts Corbeau et At least, la Commission et la Cour semblaient mettre en avant le principe de l'offre et de la demande du marché pour la plus grande satisfaction des utilisateurs consommateurs, alors qu'avec la publication de ces arrêts, la protection publique des SIEG a été étendue en mettant en avant le profil social du service.

⁵⁷⁶ La moindre sévérité de la Cour est le signe d'un changement d'attitude de l'ordre juridique communautaire à l'égard des SIEG, enfin conçus comme un pilier du modèle social européen et non plus comme un simple obstacle à la concurrence.

⁵⁷⁷ A. MOLITERNI, *Solidarité et concurrence*, op. cit. en particulier à la page 12.

⁵⁷⁸ Et ce, bien que le traité de Lisbonne se contente de reconnaître que "les dispositions des traités n'affectent pas la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services d'intérêt général non économique" (Prot. n° 26 du TFUE, art. 2).

Et comme l'a récemment reconnu la directive de 2014 sur les concessions, dans le secteur des services sociaux, une " plus grande marge d'appréciation " doit être assurée aux États membres lors de l'organisation du service et des procédures d'attribution, et ce également afin de garantir " un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité financière, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs "⁵⁷⁹. Le droit communautaire n'exige en effet que le respect des principes généraux des marchés publics et l'application de certaines dispositions spécifiques⁵⁸⁰. En définitive, il ne fait aucun doute que même si les services sociaux sont placés sous l'égide des SIEG, la marge de manœuvre garantie aux États membres ne semble pas aussi réduite. Compte tenu également du recours de plus en plus fréquent des États à des mécanismes de marché pour la fourniture de l'aide sociale et des services sociaux, il semble préférable d'adopter une approche qui, plutôt que de se préoccuper d'exclure *totale*ment une activité donnée du champ d'application du droit communautaire, mette encore plus en évidence la spécificité de la mission des services sociaux au sein même de l'ordre juridique européen, en exploitant les possibilités offertes par la clause sociale de l'article 106, paragraphe 2⁵⁸¹.

Ceci semble d'ailleurs également confirmé par l'examen de certaines réglementations sectorielles qui, tout en s'inspirant de la nécessité de promouvoir l'application la plus large de la concurrence et de renforcer la constitution du marché unique, semblent reconnaître la spécificité des services sociaux en prévoyant une sorte de "dérogation qualifiée". Ainsi, en ce qui concerne l'application des règles "pro-concurrentielles" de

⁵⁷⁹ La directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur les contrats de concession, en subordonnant les concessions relatives aux services sociaux au seul respect des obligations en matière de publication des avis de marché (art. 19), précise qu'en la matière " les États membres devraient disposer d'une large marge d'appréciation afin de...

⁵⁸⁰ En vertu de l'art. 21 de la Dir. 2004/18/CE, seules les dispositions relatives aux spécifications techniques (art. 23) et aux avis de marché (art. 35, paragraphe 4) s'appliquent aux "services sanitaires et sociaux" visés à l'annexe II B ; quant à l'application des principes généraux, ex pluribus, C. Justicia. CE, sec. II, 3 décembre 2001, C-59/00, Bent Moustén Vestergaard et CJCE. CE, III, 20 octobre 2005, C-264/03, Commission c. France.

⁵⁸¹ Et ce, puisque la liberté même des États membres de définir les missions d'intérêt général et d'établir des principes d'organisation pour la gestion des services concernés " doit s'exercer dans des conditions de transparence, sans abuser de la notion d'intérêt général " (Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général (2006), op. cit., para. 2.1).

la preuve publique⁵⁸², bien qu'il soit désormais établi que ni l'incidence d'un service dans le domaine de l'aide sociale et des services sociaux, ni le caractère *non lucratif* particulier du mandataire ne peuvent légitimer le mandatement direct à des tiers⁵⁸³, un large pouvoir discrétionnaire a en tout cas été reconnu aux autorités publiques dans l'organisation des procédures d'attribution de tels services, à condition qu'un haut niveau de qualité des services soit assuré⁵⁸⁴.

Cela est également évident dans d'autres secteurs : afin de faciliter la mise en balance, en fonction de la proportionnalité et du caractère raisonnable, d'exigences apparemment contradictoires, la législation européenne a prévu des règles asymétriques pour protéger la concurrence, par exemple celles qui s'appliquent à certains secteurs spéciaux liés aux services d'intérêt général, qui sont régis par un important corpus de législation communautaire spéciale, comme nous le verrons dans la prochaine section⁵⁸⁵.

À cet effet, en réponse aux propositions de la Commission concernant la réforme des règles relatives aux marchés publics et aux concessions, le Comité économique et social européen note que "pour les services sociaux et de santé, un régime - moins rigoureux - est envisagé qui tient compte de leurs caractéristiques et de leur rôle spécifique. Ces services seront soumis à des seuils plus élevés et devront uniquement respecter les obligations de transparence et d'égalité de traitement"⁵⁸⁶. En effet, "à la suite d'un large débat sur les services d'intérêt général, il a été conclu qu'il ne s'agit pas de marchés publics en tant que tels, mais de services fournis par les autorités ou pour leur compte".

⁵⁸² Sur la transformation du droit des contrats publics en une clé "pro-compétitive", M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. amm., 2008, pp. 297 et ss.

⁵⁸³ Comme clarifié par C. giust. Ce, III, 29 novembre 2007, C-119/06, op. cit. dans l'affaire Région Toscane, sur laquelle, notamment, R. CARANTE, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in Urb. app., 2008, 3, 293.

⁵⁸⁴ En ce sens, E. MANUNZA - W. J. BERENDS, *Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules*, in *Social Services of General Interest in the EU*, édité par U. Neergaard, E. Szyszczak, J. W. Van de Gronden et M. Krajewski, op. cit. p. 347 et suivantes.

⁵⁸⁵ Il existe des directives (télécommunications, gaz, énergie) et des règlements (transports). En général, elle réduit les réserves de l'État et tend à transformer les aides publiques en compensation des obligations de service public. V. CARTEI, *i SIEG tra riflesso dogmatico e regole di mercato*, in dir publ 2005. À cet égard, voir le dernier paragraphe.

⁵⁸⁶ Voir le point 5.4. de l'avis du Comité économique et social européen sur la "Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe" COM (2011) 900 2012/C 229/18.

Le CESE rappelle que les pouvoirs adjudicateurs ont toute liberté d'exercer eux-mêmes leurs fonctions ou de sous-traiter les travaux qu'ils jugent utiles⁵⁸⁷.

Cela dit, l'espace qui reste pour les services non économiques, qui ne sont pas soumis au droit communautaire, est effectivement réduit.

La distinction entre les services économiques et les services non économiques d'intérêt général revêt une importance décisive précisément pour l'application de la directive sur les concessions de 2014.

Précisément en vertu de la liberté des États membres d'organiser leurs services publics et en vertu du principe de libre administration⁵⁸⁸, le droit européen, en réglementant les concessions de services, ne traite pas de l'organisation du service public, qui reste confiée aux États membres⁵⁸⁹.

Dans son acception communautaire, le principe en question ne se limite pas aux choix de l'administration concernant l'identification et l'organisation de la procédure d'appel d'offres mais - plus généralement - au choix entre le modèle de l'autoproduction et celui de l'externalisation. Ce principe semble être la traduction normative de l'interdiction de considérer le modèle de l'autoproduction - ainsi que de la *fourniture interne* - comme un modèle subsidiaire par rapport à celui de l'appel d'offres. En ce sens, la directive présente un profil de grande importance non seulement parce qu'elle codifie les

⁵⁸⁷ Voir le point 1.6 Avis du Comité économique et social européen sur la "Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux" COM(2011) 895 final - 2011/0439 (COD) la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur les marchés publics COM(2011) 896 final - 2011/0438 (COD), et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession COM(2011) 897 final - 2011/0437 (COD) (2012/C 191/16)

⁵⁸⁸ L'article 2 de la directive consacre le principe de la libre organisation des services et activités relevant de la compétence des autorités publiques. Cette directive reconnaît le principe selon lequel les autorités nationales, régionales et locales peuvent organiser librement l'exécution de leurs œuvres ou la prestation de leurs services, conformément au droit national et au droit de l'Union. Ces autorités sont libres de décider de la meilleure façon de gérer l'exécution des travaux et la fourniture des services afin d'assurer, notamment, un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers dans les services publics. Ces autorités peuvent décider d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou de les confier à des opérateurs économiques externes. 2. La présente directive est sans préjudice des régimes de propriété des États membres. En particulier, elle n'exige pas la privatisation des entreprises publiques fournissant des services au public.

⁵⁸⁹ Pour les aspects qui impliqueraient des choix politiques pour une Europe politique, voir C. PINELLI, *Modello sociale europeo*, op. cit. p. 267 et suivantes, ainsi que G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici ?*, *Il ruolo dei giudici comunitari nella costituzione dell'Europa politica*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Naples, Editoriale Scientifica, 2012, p. 367 et suivantes.

conditions de recours légitime à l'auto-assistance, en soustrayant ce domaine à l'application des règles de la preuve publique, mais aussi parce que, à l'appui de cette orientation, elle introduit le principe de la "libre administration des pouvoirs publics". En corollaire, l'hypothèse selon laquelle les administrations "peuvent décider d'exécuter leurs tâches dans l'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, ou de les confier à des opérateurs économiques externes" est également exprimée sans équivoque, à lire à la lumière des considérations qui reconnaissent et réaffirment "le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider des modalités de gestion qu'ils jugent les plus appropriées pour l'exécution des travaux et la prestation des services". En particulier, la présente directive ne devrait en aucun cas porter atteinte à la liberté des États membres et des autorités publiques d'exécuter des travaux ou de fournir des services directement au public ou d'externaliser cette prestation en la déléguant à des tiers (...) "⁵⁹⁰.

Les principes et les dispositions susmentionnés montrent clairement que, pour le droit de l'Union européenne, les formes d'autoproduction et d'internalisation ne constituent pas de simples exceptions au principe de libre concurrence des appels d'offres, mais des formes paradigmatiques et équitables d'attribution des marchés et des concessions. Ainsi, à y regarder de plus près, la première option incoercible pour l'administration publique appelée à attribuer une concession de services est l'alternative entre l'*internalisation* et l'*externalisation*, de sorte que ce n'est que si ce libre choix est résolu en faveur de la seconde forme qu'il faudra assurer le respect intégral et cohérent des principes de libre concurrence⁵⁹¹.

Cependant, l'apparente indifférence à l'égard de ces deux formes et la liberté de choix proclamée de l'administration au niveau national, comme nous le verrons dans le dernier chapitre, ont connu plusieurs *renaissances*, notamment dans le domaine des

⁵⁹⁰ Considérant 5 de la directive "Concessions". Il est intéressant d'opposer à cela la disposition de la directive sur les marchés publics qui semble sous-tendre le même principe lorsqu'elle stipule (au considérant 5) qu'"aucune disposition de la présente directive n'oblige les États membres à confier à des tiers ou à externaliser la prestation de services qu'ils souhaitent assurer eux-mêmes ou organiser par d'autres moyens que les marchés publics au sens de la présente directive".

⁵⁹¹ Ainsi C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing : problemi vecchi e nuovi*, op. cit.

services publics locaux⁵⁹², où, toutefois, une législation nationale spécifique est absente. La législation européenne exige en outre que l'accessibilité des services publics soit respectée et que des normes de qualité élevées soient assurées. Par conséquent, soit l'administration est dotée d'une expertise technique spécifique, soit elle est obligée d'externaliser le service économique. Et dans le cas d'un service public ayant une importance économique, les règles de mandatement pro-concurrentiel dictées par la directive sur les concessions de services doivent être respectées. Si, par contre, le service n'a pas d'importance économique, les règles de la directive ne s'appliquent pas car la condition préalable est qu'il y ait un risque économique à transférer au privé : ce risque est exclu à la base dans le cas des services non économiques, qui sont donc soumis à des règles purement internes, c'est-à-dire les règles sur les marchés de services si les conditions sont remplies.

Cependant, comme prévu, l'interprétation de la notion de risque est fluctuante⁵⁹³ et cette incertitude fait vaciller la pertinence ou non de certaines concessions de services plus ou moins "risqués" dans le contexte de la législation européenne. Il n'est pas essentiel que le risque opérationnel - que ce soit du côté de la demande ou de l'offre - soit transféré "en totalité" au concessionnaire, mais il est néanmoins nécessaire que la partie du risque transférée implique une exposition réelle aux fluctuations du marché, de sorte

⁵⁹² G. PIPERATA, *Autonomie et typicité dans le service public local*, op. cit. En Italie discipline réglementaire du service public local, en application de l'article 19, loi n° 124 du 7 août 2015. après l'échec de la tentative d'introduire un Texte consolidé sur les services publics locaux. La reconnaissance de la faculté de confier directement le service en dérogeant à la discipline pro-concurrentielle semble faire partie de la phase involutive plus large de la réglementation nationale des services publics locaux dans laquelle la protection des opérateurs existants prévaut sur les valeurs concurrentielles, en exploitant "les possibilités de fermeture du marché offertes par le système européen, quand même là prévalent les solutions de compromis", G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologne, 2005, p. 52.

⁵⁹³ Sur la réduction des risques, voir notamment Cour de justice de l'UE, n° 274/2011, précité, selon lequel " en effet, il est normal que certains secteurs d'activité, notamment ceux concernant les activités de service public [...] soient régis par des règles qui peuvent avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs doivent conserver la possibilité, en agissant de bonne foi, d'obtenir la fourniture de services par le biais d'une concession, s'ils considèrent que c'est la meilleure façon de fournir le service public en question, et ce même lorsque le risque lié à la gestion est très faible". La Cour a noté à plusieurs reprises que : "il y a concession de services lorsque le mode de rémunération convenu consiste dans le droit pour le prestataire de services d'exploiter sa propre prestation et implique que ce dernier supporte le risque lié à l'exploitation des services en question (arrêt du 13 octobre 2007, Commission/Italie, C-382/05, Rec. p. I-6657, point 34 et jurisprudence citée)" (CJCE, Section III, 13 octobre 2008, C-437/07).

que toute perte potentielle estimée encourue par le concessionnaire ne soit pas purement nominale ou négligeable. Inversement, la limitation du risque n'exclut pas que le contrat prenne la forme d'une concession, comme c'est le cas, par exemple, dans les secteurs à tarifs réglementés (comme le secteur autoroutier) ou lorsque le risque opérationnel est limité par des accords contractuels prévoyant une indemnisation partielle, y compris une indemnisation en cas de résiliation anticipée de la concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure.

Le fait que le risque lié à la prestation de services ne soit pas transféré au prestataire de services indique que la transaction en question est un contrat de service public et non une concession de services⁵⁹⁴. La distinction, qui semble fondée sur la liberté de choix organisationnel de l'administration, est en réalité fondée sur la nécessaire externalisation et l'importance économique d'un service à fournir.

En conclusion, les États membres ont le libre choix en ce qui concerne l'organisation, *en interne* ou en externe, des services publics. Une fois ce choix effectué, la qualification de services publics économiques ou non dépendra de la structure de gestion : la directive sur les concessions de services s'appliquera en cas d'externalisation de services économiques.

6. LES "SERVICES" VISES PAR LA DIRECTIVE 2006/123/CE

Le thème des "services" en droit européen ne s'arrête toutefois pas aux services publics. Et ceci est également pertinent en ce qui concerne l'attribution des concessions. Dans la mesure où ce ne sont pas seulement les services de propriété privée - c'est-à-dire les "services publics" traditionnels - qui sont confiés par le biais de concessions, mais aussi les activités économiques caractérisées par la présence d'un risque économique qui est transféré du secteur public au secteur privé, le champ d'application objectif des concessions de services est également étendu aux services qui ne sont pas exclusivement d'intérêt économique général.

⁵⁹⁴ Voir la résolution ANAC n° 1300 du 14 décembre 2016 Objet : Fédération italienne des sports de glace (FISG) - Comité régional du Piémont - confier la gestion des installations sportives suite à l'entrée en vigueur du décret législatif 50/2016 - demande d'avis, AG 50/2016/AP.

C'est à partir de ce point qu'entre en ligne de compte le concept plus large de "services" au niveau des traités, pour lequel les principes de la liberté de circulation sont pertinents⁵⁹⁵. La raison d'être de ces règles est d'offrir une protection spéciale aux entreprises qui fournissent des services, en sanctionnant les positions privilégiées qui empêchent de facto les autres de fournir le service, à moins que cela ne soit justifié par la protection des systèmes juridiques des États membres⁵⁹⁶.

Afin d'encadrer la notion de "services", il est d'abord nécessaire de se référer aux concepts de "liberté d'établissement" (art. 49 TFUE) et de "prestation de services" (art. 56 TFUE)⁵⁹⁷ en les mettant en relation.

La liberté d'établissement apparaît comme un concept statique dans la mesure où, dans l'exercice d'une activité indépendante dans un État membre où le prestataire n'était pas établi auparavant, l'élément interétatique n'est présent qu'au moment de l'établissement effectif, puisque la personne qui transfère participe "de manière stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine"⁵⁹⁸ et cherche à tirer profit de ce transfert.

En revanche, dans le cas de la libre prestation de services, la principale différence avec la liberté d'établissement est le caractère temporaire de la prestation : dans ce dernier cas, il n'y a cependant pas d'établissement du prestataire dans l'État membre de la prestation.

Les deux libertés, liberté d'établissement et libre prestation de services, sont fondées sur le "principe de l'égalité de traitement" : il implique non seulement l'interdiction de

⁵⁹⁵ Voir les articles 16 et 86 du TUE ; l'article 14 du TFUE, non seulement comme une exigence de la concurrence, mais comme une promotion de la cohésion sociale et territoriale. Voir également l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : l'UE reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général. Elle établit un principe d'accès en reconnaissant le principe de subsidiarité quant à sa mise en œuvre. Art. 345 TFUE principe de neutralité concernant la propriété publique ou privée des États membres. Ainsi, même si la privatisation du service n'est pas imposée par le droit européen, elle reste encouragée. Cependant, comme la notion est complétée par d'autres extras juridiques, elle a également besoin d'une justification externe, voir DONIER, *Droit d'accès aux services publics dans la jurisprudence, une consécration en demi-teinte*, RDSS, 2010.

⁵⁹⁶ Cf. S. CASSESE (éd.), *La nuova costituzione economica*, 5e édition, Rome, Laterza, 2012 ; C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI - T. TREU (éd.), *La costituzione economica : Italia, Europa, Bologna*, Il Mulino, 2010, pp. 23 et suiv. PINELLI - T. TREU (éd.), *La costituzione economica : Italia, Europa, Bologna*, Il Mulino, 2010, pp. 23 et s. ; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padua, Cedam, 2003.

⁵⁹⁷ G. TESAURO, *Droit de l'Union européenne*, 7e éd., CEDAM, Padoue, 2012, p. 507.

⁵⁹⁸ Cour de justice, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, p. 25.

toute forme de discrimination⁵⁹⁹, mais aussi de toute forme de discrimination indirecte fondée sur des critères différents, mais de nature à conduire, en fait, au même résultat⁶⁰⁰ ; ce principe est le même que celui qui sous-tend l'accès aux instruments du marché. On trouve différents types de services dans les traités, mais, de manière abstraite, toute "activité rémunérée" peut être englobée dans la notion de service. Plus précisément, sont considérés comme des services "les services fournis normalement contre rémunération, dans la mesure où ils ne sont pas régis par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes" tels que, précisément, les activités de nature industrielle ou commerciale et les activités artisanales⁶⁰¹.

Conçu de cette manière, le terme est également susceptible d'inclure - comme on le verra - les concessions de biens, car le droit européen privilégie la dimension économique liée à l'exploitation de ces derniers, en tant que moyen de fournir un service. Cette interprétation large a donné lieu à des questions de compatibilité entre les procédures italiennes et françaises de mandatement des biens de l'Etat (en particulier les biens maritimes, les dérivations pour des usages hydroélectriques, les zones de cimetière⁶⁰²) et les exigences d'égalité de traitement et de transparence déjà requises par les principes de libre circulation prévus par les traités et repris par le législateur européen dans les différents règlements sectoriels.

⁵⁹⁹ Ex article 56 du TFUE : même une autorisation doit respecter le principe de non-discrimination : Cour de justice, arrêt du 20 février 2001, affaire C-205/99, Analir, Recueil 2001, p. I-01271, point 35. I-01271, paragraphes 35 et 38 : " pour qu'un régime d'autorisation administrative préalable soit justifié, il faut également démontrer qu'un tel régime est nécessaire [...] et qu'il est proportionné au but poursuivi, de sorte que le même objectif ne pourrait pas être atteint par des mesures moins restrictives de la libre circulation des services, notamment par un régime de déclarations a posteriori [...].Un régime d'autorisation administrative préalable, pour être justifié même lorsqu'il déroge à une liberté fondamentale, doit en tout état de cause être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance des entreprises concernées, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales afin qu'il ne soit pas utilisé de manière arbitraire".

⁶⁰⁰ Voir le considérant 65 de la directive 2006/123/CE.

⁶⁰¹ Art. 57 du TFUE.

⁶⁰² Ainsi M. CERUTI, " *Dei sepolcristi* " : *il est temps de procéder à la palingénésie des concessions de cimetières*, Urbanisme et marchés publics, 2/2019.

En ce qui concerne ces services, la directive "Bolkestein" est intervenue en 2006 pour limiter la présence de barrières à l'entrée sur le marché par les autorités publiques⁶⁰³. Il s'agit d'une intervention d'harmonisation dont la base juridique⁶⁰⁴ vise à préconiser l'adoption de règles visant à assurer la libre circulation des personnes pour l'accès aux activités indépendantes, ainsi qu'à réaliser le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en vue de l'établissement et du fonctionnement du "marché intérieur".⁶⁰⁵

Les dispositions de cette directive ont eu un impact important sur les pouvoirs d'autorisation mais aussi de licence des administrations publiques des États membres⁶⁰⁶. Il est fait référence à une notion ouverte d'autorisation qui inclut également les concessions, y compris les concessions relatives au domaine public, comme dans le cas des concessions d'État.

En dictant aux États membres des dispositions communes en matière de services, la directive vise à intégrer les différents marchés nationaux, qui étaient profondément inégaux et, dans une large mesure, caractérisés par la persistance de régimes d'autorisation et de concession différents⁶⁰⁷.

Quant au concept d'"autorisation", il n'est pas clairement distingué de la catégorie domestique de la concession⁶⁰⁸. Concrètement, le législateur européen a imposé de

⁶⁰³ Il s'agit de la directive 2006/123/CE, présentée par la Commission européenne en février 2004 et approuvée en 2006, également connue sous le nom de directive Bolkestein, du nom du commissaire européen au marché intérieur de la Commission Prodi.

⁶⁰⁴ Articles 53, 62 et 114 du TFUE.

⁶⁰⁵ Il s'agit des dispositions incluses dans les chapitres 2 et 3 du titre IV du TFUE (Libre circulation des personnes, des services et des capitaux), consacrés respectivement au droit d'établissement et aux services, et le chapitre 3 du titre VII (Règles communes en matière de concurrence, de fiscalité et de rapprochement des législations), consacré au rapprochement des législations.

⁶⁰⁶ Les autorisations sont traitées aux articles 9 à 13 de la directive 2006/123/CE, contenus dans la section 1 du chapitre III sur la liberté d'établissement.

⁶⁰⁷ Le considérant 4 de la directive énonce ainsi l'intention de la législation : supprimer la fragmentation du marché intérieur qui "nuit à l'économie européenne dans son ensemble [...], et empêche les consommateurs d'avoir accès à un plus grand choix de services à des prix concurrentiels".

⁶⁰⁸ Dans le considérant n° 39, le second terme susmentionné est utilisé dans un sens proche de celui énoncé par la doctrine italienne, tandis que le considérant n° 59 emploie la notion de "délivrance d'autorisations", en comprenant le premier mot comme un synonyme de "délivrance" (de l'acte d'autorisation) ; de même, dans la directive 2002/21/CE sur les communications électroniques, il est fait référence à une "autorisation générale", alors que cet acte ne désigne pas une mesure administrative particulière, mais une disposition réglementaire générale susceptible de légitimer l'exercice d'activités économiques entrant dans le champ réglementé par la même législation.

facto la réduction progressive des régimes d'autorisation, car, inévitablement, le fait de soumettre un service à l'octroi d'une autorisation retarde et restreint la libre circulation des services⁶⁰⁹. À cet égard, il est exigé que, lorsque le régime d'autorisation est maintenu, il ne soit pas discriminatoire à l'égard du prestataire. La persistance d'un régime qui soumet une activité à une autorisation préalable doit toutefois être justifiée par l'existence d'un intérêt public à protéger⁶¹⁰.

La mise en place d'un régime d'autorisation n'est donc légitime que si elle respecte les principes de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité.

En particulier, l'accès à une activité de service ne peut être soumis à autorisation que si l'objectif d'intérêt général poursuivi ne peut être atteint par une mesure alternative moins restrictive, c'est-à-dire dans tous les cas où un contrôle a posteriori ne garantirait pas une protection adéquate de l'intérêt à protéger, soit en raison de l'impossibilité de constater a posteriori les carences du service en question, soit compte tenu des risques et des dangers qui pourraient résulter de l'absence de contrôle a priori⁶¹¹. Les "raisons impérieuses d'intérêt général" sont définies à l'article 4, paragraphe 1, point 8, de la directive⁶¹².

⁶⁰⁹ Ainsi, considérant 39 : L'autorisation peut être accordée non seulement sur la base d'une décision formelle, mais aussi sur la base d'une décision implicite résultant, par exemple, du silence de l'autorité compétente ou du fait que l'intéressé doit attendre l'accusé de réception d'une déclaration pour commencer l'activité ou pour que celle-ci soit licite.

⁶¹⁰ Cf. les articles 14-15-16 de la directive où le législateur européen a dressé la liste de toutes les exigences discriminatoires qui ne permettent pas le libre accès au marché des services et que chaque Etat membre devra envisager de supprimer. L'inscription sur la liste (dans un sens négatif) tend donc à minimiser les motifs qui peuvent être invoqués par les États membres pour sauvegarder les intérêts nationaux. Sur ce point, M. WIBERG, *The EU Services Directive : Law or Simply Policy*, Springer, La Haye, 2014, p. 288.

⁶¹¹ Cour de justice, affaire C-400/08, Commission c. Espagne, précité, paragraphes 92, 121 et 122. L'introduction de mesures préventives, c'est-à-dire d'un contrôle a priori, peut être appropriée pour assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général dans les cas où l'adoption de mesures a posteriori apparaît comme une alternative moins efficace et plus coûteuse au régime d'autorisation préalable ; en tout état de cause, un régime d'autorisation, qui implique qu'une demande d'autorisation est réputée accordée, et non refusée, si aucune décision de refus n'a été prise dans le délai imparti (" silence assentiment "), est moins restrictif qu'un régime de " silence refus ".

⁶¹² Cette catégorie comprend "au moins les motifs suivants : ordre public, sécurité publique et santé publique [...].], le maintien de l'ordre social, les objectifs de la politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la sauvegarde de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la prévention de la fraude, la prévention de la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la sauvegarde de la bonne administration de la justice. la sécurité routière, la

Tous les régimes d'autorisation qui ne remplissent pas les exigences susmentionnées sont incompatibles avec la directive et doivent être remplacés par un régime moins restrictif pour l'accès à l'activité de service.

Il est également exigé que les procédures d'octroi des autorisations soient standardisées et valables sur l'ensemble du territoire d'un État membre ; en réalité, il ne s'agit pas d'un principe obligatoire, mais son appréciation peut tenir compte du contexte de référence dans le cas concret que l'État membre devra soumettre à l'appréciation de la Commission, car le fait de subordonner un service à l'octroi d'une autorisation retarde, voire restreint, la libre circulation des services, et ne peut être maintenu que lorsque l'objectif ne peut être atteint par une mesure moins restrictive. La nécessité d'un tel régime doit donc être justifiée par l'existence d'un intérêt public à protéger. En outre, en vertu de l'article 11 de la directive, une autorisation devrait avoir une durée illimitée, sauf s'il est nécessaire de vérifier le respect des exigences pour lesquelles l'autorisation a déjà été accordée précédemment, ou lorsque le nombre d'autorisations est limité par des raisons impérieuses d'intérêt public, ou encore lorsque la date d'expiration déterminée par l'autorité publique est due à des raisons impérieuses d'intérêt public⁶¹³. L'article 12 de la directive⁶¹⁴ prévoit notamment que, lorsque l'autorisation reste en vigueur, parce que le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la "rareté des ressources naturelles" ou d'une "capacité technique utilisable réduite" - au sens quantitatif -, une procédure de sélection impartiale et transparente doit être prévue, avec une publicité adéquate. Une différence importante avec les concessions est que les autorisations sont, en règle générale, d'une durée illimitée ; une durée limitée n'est admise que dans les cas de renouvellement automatique ou lorsque les exigences sont constamment satisfaites, lorsqu'il existe une limitation du nombre de licences pouvant être délivrées ou lorsqu'une raison impérieuse

protection de la propriété intellectuelle, les objectifs de la politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression des différents éléments présents dans la société et, en particulier, les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques, la nécessité d'assurer un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la politique de promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national et la politique vétérinaire" Directive 2006/123/CE, considérant 41.

⁶¹³ K. LENAERTS, op. cit. p. 35 : "*en ce qui concerne les justifications des restrictions à la libre prestation de services, la directive sur les services pourrait être considérée comme un écart important par rapport à la jurisprudence orthodoxe de la CJCE*".

⁶¹⁴ Sans surprise, la sélection s'est faite parmi plusieurs candidats.

d'intérêt général justifie une limitation de la validité de la licence⁶¹⁵. Dans les cas où le nombre d'autorisations disponibles est limité, l'autorisation est accordée pour une durée limitée et ne peut pas prévoir de renouvellement automatique ou accorder d'autres avantages au prestataire sortant ou aux personnes ayant des liens particuliers avec ce prestataire. La durée de l'autorisation doit être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une juste rémunération du capital investi⁶¹⁶.

En ce qui concerne la libre prestation de services, la directive a restreint l'éventail des justifications acceptables pour imposer des restrictions. Alors que la jurisprudence communautaire permettait à l'État membre de destination d'invoquer toute raison impérieuse d'intérêt général reconnue comme telle par la Cour de justice elle-même, la directive limite les possibilités de justification aux raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique et de protection de l'environnement⁶¹⁷.

En ce qui concerne les services couverts par le champ d'application de la directive, les services privés qui peuvent faire l'objet d'une rémunération économique sont pris en compte, mais les services relatifs aux prestations de sécurité sociale⁶¹⁸, à celles à caractère social⁶¹⁹, aux services fournis sur la base d'un droit exclusif particulier et dans les matières énumérées à "l'annexe II", ou "à certains services d'urgence s'ils sont effectués par des organisations et associations sans but lucratif"⁶²⁰ sont exclus.

⁶¹⁵ Voir l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2006/123/CE.

⁶¹⁶ Considérant 62, directive 2006/123/CE.

⁶¹⁷ Ainsi S. MICOSSI, p. 6. VAN DE GRONDEN J., DE WAELE H., op. cit. p. 411 : "Il n'est pas clair d'emblée si les articles 16-18 SD sont conformes aux dispositions du traité sur la libre circulation des services, puisque la règle de raison, qui, selon la perception de la CJCE, est inhérente aux libertés fondamentales de l'Union, est "gelée" par ces dispositions. Il convient donc d'examiner si la directive est compatible avec le traité en ce qui concerne les règles relatives à la libre circulation des services" ; BARNARD C., *Unravelling the Services Directive*, in CMLRev, vol. 45, 2008, 323, p. 366 : "Aucune référence n'est faite aux raisons impérieuses d'intérêt général (ORPI) développées judiciairement et utilisées dans le chapitre III sur l'établissement. Il faut donc supposer que les rédacteurs de la directive ont délibérément décidé de ne pas appliquer toute la gamme des "raisons impérieuses d'intérêt général" aux exigences énumérées à l'article 16, paragraphe 2, de la directive et à "toute [autre] exigence" [...] De cette manière, la directive reflète l'idée établie de longue date selon laquelle l'État d'accueil a davantage le droit d'intervenir en matière d'établissement (d'où les justifications larges) qu'en matière de services, où le régulateur principal est l'État d'origine (d'où les justifications étroites).

⁶¹⁸ Récital 7.

⁶¹⁹ Le considérant 13, qui semble prévoir un régime d'autorisation pour ces services.

⁶²⁰ Récital 33.

Les biens publics sont clairement exclus des directives sur les concessions et les marchés⁶²¹ ; en revanche, ils ne sont pas exclus de la directive sur les services dans la mesure où ils sont utiles à la réalisation d'activités économiques.

La jurisprudence européenne a étendu les règles de la directive "services" également aux concessions de biens ayant pour objet des activités économiques, comme dans le cas des concessions d'État. En fait, dans ces concessions, on est *surtout* confronté à la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général", à laquelle certaines dispositions de la directive sur les services font référence. Si un nouvel intérêt public à protéger apparaissait, ou si ceux qui sont aujourd'hui reconnus comme tels étaient supplantés par les règles mêmes du marché des services, cette notion pourrait évoluer ou être élargie par la Cour elle-même⁶²².

Toutefois, il reste possible pour l'administration publique de retirer une autorisation à durée illimitée si les conditions de son octroi ne sont plus remplies. En conséquence, l'autorisation est accordée pour une durée déterminée : conformément au principe d'adéquation, il n'est pas possible de prévoir des mécanismes de renouvellement automatique, ni d'accorder des avantages au prestataire sortant ou aux personnes ayant des liens particuliers avec ce prestataire.

Ce qui devient fondamental en droit européen, c'est le transfert d'une utilité économique de la propriété publique à la propriété privée, entraînant la production d'une position clairement avantageuse sur le marché, de sorte que la discipline européenne pro-concurrentielle doit être mise en œuvre de manière appropriée. Dans le cas des concessions de l'État maritime où, précisément, on est confronté à la "finitude" du littoral⁶²³, la Commission européenne a reconnu qu'il appartient aux autorités nationales de déterminer quand la condition de rareté des ressources, en présence de laquelle l'article 12 de la directive sur les services est applicable, est satisfaite.

⁶²¹ Ainsi, les considérants 15 et 16, ainsi que l'article 10, paragraphe 8, point a), de la directive 2014/23/UE.

⁶²² L'octroi d'une autorisation administrative préalable, qui va jusqu'à déroger à une liberté fondamentale, doit donc être fondé sur des éléments objectifs "de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin qu'il ne soit pas utilisé de manière arbitraire", Cour de justice, arrêt du 20 février 2001, C-205/99 Analir, ECLI:EU:C:2001:107, p.38. Ce principe est également applicable lorsque des obligations de service public sont en jeu.

⁶²³ Sur le sujet M. DE BENEDETTO (ed.), *Spagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Il Mulino, 2011.

Toujours du point de vue des États membres, les concessions de l'État maritime sont conçues comme des instruments visant à permettre l'utilisation de l'actif de la plage pour la fourniture de services réceptifs⁶²⁴. De ce fait, et du fait que la plage constitue indubitablement une ressource naturelle, ces contrats de concession pourraient relever, selon la doctrine majoritaire, de la définition des "régimes d'autorisation" de la directive "services"⁶²⁵. Il s'ensuit que ces contrats doivent prévoir des procédures de "sélection" transparentes et non discriminatoires^{626 627}.

Cette approche semble être conforme à celle suivie par la Cour européenne dans l'arrêt *Promoimpresa et M. Melis*⁶²⁸, première affaire dans laquelle la Cour européenne a été appelée à se prononcer sur l'institution de concessions étatiques dans le marché intérieur. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré l'illégalité de l'extension automatique et indiscriminée des autorisations (existantes) de l'État maritime et lacustre à des fins touristiques et récréatives en l'absence de toute procédure de sélection transparente parmi les candidats potentiels, lorsque ces autorisations présentent un intérêt transfrontalier certain. Elle a également fourni aux tribunaux nationaux et aux administrations publiques une clé pour les actions concrètes

⁶²⁴ Ainsi, M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici : problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1, 1er février 2018, p. 27. Au contraire, s'exprime M. P. CHITI, selon lequel les concessions de plage appartenant à l'État ne seraient couvertes que par l'art. 49 TFUE, c'est-à-dire la liberté d'établissement, mais pas par l'art. 12 de la directive Bolkestein, avec ses exigences beaucoup plus strictes. Selon l'auteur, les concessions de biens de l'État ne peuvent faire abstraction des évaluations de l'intérêt public, un intérêt qui n'est pas purement économique. L'évaluation de l'intérêt public est toujours liée à la disponibilité du bien public (voir l'entretien des plages gratuites). Pour ces raisons, la concession de biens est exclue des directives sur les marchés publics entrées en vigueur en 2004 puis en 2014, et le régime national de gestion des biens publics, y compris les biens de l'État, n'est pas affecté. Le droit européen indique également les exclusions possibles et conduit à des considérations de fond car les biens publics ont des fondements très solides et anciens. Un dialogue horizontal entre les cours constitutionnelles des États membres serait souhaitable.

⁶²⁵ Article 9 de la directive 2006/123/CE. Cette absence de distinction serait sous-tendue par l'intérêt exclusif pour la pertinence économique du service et l'accent mis sur la possibilité que le service puisse, dans un sens substantiel, être disponible pour tous les fournisseurs potentiels sur le marché.

⁶²⁶ En substance, l'utilisation par le législateur du terme générique de "sélection" permet à sa "neutralité" d'englober les divers régimes d'autorisation des différents États membres.

⁶²⁷ Sur la base de l'article 12, paragraphe 3, l'État membre peut donc maintenir certains régimes d'autorisation pour des raisons de "santé publique, d'objectifs de politique sociale, de santé et de sécurité des travailleurs salariés et indépendants, de protection de l'environnement, de préservation du patrimoine culturel et d'autres raisons impérieuses d'intérêt général conformément au droit communautaire".

⁶²⁸ Cour de justice (cinquième chambre), arrêt du 14 juillet 2016, affaires jointes C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa et M. Melis* C 2016:558. Voir également l'article 36 du TFUE.

à entreprendre, en particulier pour les concessions expirant⁶²⁹. S'agissant d'un renvoi préjudiciel, ce qui a été établi à une "valeur obligatoire" pour la juridiction nationale appelée à trancher les litiges nationaux⁶³⁰. En second lieu, il convient de souligner que le juge européen a, en tout état de cause, laissé plusieurs possibilités au législateur national quant à la manière de réglementer l'attribution des concessions arrivant à échéance⁶³¹.

Nonobstant cette liberté, la suppression *pure et simple* du mandatement du marché en vertu de l'extension d'une attribution directe sans aucune comparaison avec la concurrence devrait être refusée⁶³², sauf en cas d'urgence soudaine, comme la récente crise sanitaire⁶³³, et pour une période déterminée.

⁶²⁹ En particulier, dans le cadre de la réorganisation souhaitée de la matière, il serait possible pour le législateur d'envisager l'adoption de mesures qui tiennent compte des situations spécifiques des concessions individuelles, afin de protéger également les attentes légitimes des concessionnaires. Le principe de confiance légitime a déjà été consacré en tant que principe général du droit dans l'affaire 112/77 Töpfer (Cour de justice, arrêt du 3 mai 1978, ECLI:EU:C:1978:94), mais sa définition complète se trouve dans les affaires jointes C-37/02 et C-38/02 Di Lenardo (Cour de justice (troisième chambre), arrêt du 15 juillet 2004, p.70, ECLI:EU:C:2004:443).

⁶³⁰ Le renvoi préjudiciel "est l'une des caractéristiques les plus originales de la protection juridictionnelle en droit de l'Union européenne", J.ZILLER, *Law of the Policies and Institutions of the European Union*, op. cit. p. 618.

⁶³¹ L'arrêt, bien que très significatif quant à la légitimité du maintien du recours aux prorogations, n'a en fait pas précisé les règles que les administrations devront suivre pour l'attribution des concessions domaniales, mais a simplement rappelé la nécessité que la sélection se fasse dans le respect des garanties d'impartialité et de transparence susmentionnées. L'importance de l'arrêt de la Cour réside donc dans le fait qu'il permet d'assurer une interprétation uniforme des règles de droit européen en question, indépendamment des conditions nationales dans lesquelles elles seront appliquées.

⁶³² En revanche, l'art. 1, c. 18 du décret-loi n° 194 du 30 décembre 2009, converti par la loi n° 25 du 26 février 2010, qui prévoyait la prorogation jusqu'au 31 décembre 2020, était différent.

⁶³³ Le moratoire d'urgence prévu par l'article 182, paragraphe 2, du décret-loi 34/2020 présente également des profils d'incompatibilité communautaire tout à fait similaires à ceux mis en évidence ci-dessus. En effet, il n'est pas sérieusement soutenable que l'extension des concessions soit fonctionnelle à la "maîtrise des conséquences économiques produites par l'urgence épidémiologique". Au contraire, il faut constater, comme l'a souligné la Commission dans sa dernière lettre de mise en demeure (qui concerne également l'article 182, paragraphe 2, du décret législatif n° 34/2020), que "la prolongation répétée de la durée des concessions balnéaires prévues par la législation italienne décourage [...] les investissements dans un secteur clé pour l'économie italienne et qui souffre déjà gravement des conséquences de la pandémie de COVID-19". En décourageant les investissements dans les services de tourisme de loisirs et de plage, la législation italienne actuelle empêche, au lieu d'encourager, la modernisation de cette partie importante du secteur touristique italien. La modernisation est en outre entravée par le fait que la législation italienne rend effectivement impossible l'entrée sur le marché de prestataires de services nouveaux et innovants".

IV.

Les effets du droit européen sur la concession de service public dans le système français

1. DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC A LA *DELEGATION DE SERVICE PUBLIC* : LA RESISTANCE DU DROIT FRANÇAIS AUX PREMIERES DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES SUR LES MARCHES PUBLICS

Comme vu dans le premier chapitre, l'instrument concessionnaire est né et s'est développé dans le système juridique français sous le nom de concession. Cependant, la notion de *délégation de service public* a commencé à apparaître fréquemment, dans divers textes doctrinaux et décisions jurisprudentielles, dès l'intervention du droit communautaire⁶³⁴, devenant la catégorie générale des concessions de service public, dans la mesure où elle englobe de multiples figures et relations contractuelles⁶³⁵.

⁶³⁴ Ainsi, dans la circulaire du 7 août 1987 relative à la gestion par les collectivités locales de leurs services publics locaux, on utilise le terme de "gestion déléguée", qui pose le principe de la délégation des services publics administratifs dans les zones non régionales. La circulaire reprend deux avis du Conseil d'Etat, celui du 7 octobre 1986 sur la portée de la gestion déléguée et celui du 7 avril 1987 sur l'applicabilité du code des marchés publics à la délégation. Ces deux avis portent sur la notion de délégation de services publics administratifs et sur l'utilisation des dispositions du code des marchés publics.

⁶³⁵ Par exemple, l'*affirmage*, qui se distingue de la concession de service public par le fait que les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service sont remis à l'entrepreneur par la commune qui, en règle générale, a assuré leur financement, tandis que l'entrepreneur est chargé de l'entretien de ces ouvrages ou, dans certains cas, de leur modernisation ou de leur extension (CE, 29 avril 1987, commune d'Elancourt). Selon la nature des investissements à réaliser par l'exploitant, la frontière entre concession et *affirmage* est plus ou moins floue, c'est pourquoi la jurisprudence a reconnu la possibilité de combiner les deux modes de gestion dans un même contrat, la collectivité devant toutefois veiller à ne pas bouleverser l'économie du contrat et à ne pas trop modifier son objet initial (CE, 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du bocage). Un autre exemple est la *régie intéressée*, qui est une forme de transaction dans laquelle la collectivité locale passe un contrat avec un professionnel pour gérer un

La délégation de service public remplace la concession de service public dans une relation *genus ad speciem*. Le législateur français, à l'occasion de la transposition des premières directives communautaires, a commencé à renforcer la discipline de la *délégation de service public*, en la différenciant de la concession, en qualifiant généralement de *délégation* tous les contrats ayant pour objet la gestion d'une mission de service public, et en transformant la concession en une sous-catégorie de la délégation elle-même⁶³⁶. Ce changement n'est pas seulement formel, mais aussi substantiel, et indique le profond attachement du législateur et de la doctrine au *service public*.

Le choix d'une nomenclature différente permet de séparer la définition des concessions de services donnée par la Cour de justice européenne, bien que, comme on l'a vu au chapitre précédent, à travers des indicateurs minimaux, de la définition nationale⁶³⁷.

Avant l'identification normative de la délégation de service public, celle-ci était considérée par la doctrine comme "toute gestion de service public assurée par une personne morale autre que l'autorité organisatrice ou l'établissement public créé par elle à cet effet"⁶³⁸. La définition ne permet donc pas d'identifier la nature juridique de la délégation. La définition des délégations de service public, rendue nécessaire par le développement d'un régime juridique dédié à ces contrats et par le fait que ses contours flous généraient "une source d'insécurité juridique"⁶³⁹, a été, pendant plusieurs années,

service public. La collectivité locale verse au *régisseur intéressé* une rémunération composée d'un forfait et d'un pourcentage des résultats de gestion "un intéressement". L'autorité locale est responsable de la gestion de ce service, mais peut donner une certaine autonomie de gestion au gestionnaire. Selon le niveau de risque assumé par le délégataire, il s'agit soit d'une délégation de service public, soit d'un contrat (article R. 2222-5 du CGCT). En principe, les collectivités locales disposent de la catégorie générale de la délégation de service public et adaptent cette forme "concessionnaire" en fonction des objectifs de gestion qu'elles souhaitent privilégier et du degré de contrôle qu'elles veulent conserver sur le service public. Les investissements que l'autorité locale est obligée ou souhaite subventionner deviennent des facteurs de classification du caractère concessionnaire du contrat.

⁶³⁶ En effet, de nombreuses concessions sectorielles ont été créées, comme celle d'aménagement en régie : L. n° 2005-809 du 20 juillet 2005, ou celle des travaux publics : ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009.

⁶³⁷ Voir la note de L. Richer sur CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, AJDA 2001 p. 106 dans laquelle la Cour a rappelé les principes fondamentaux des traités : non-discrimination sur la base de la nationalité, obligation de respecter les règles de transparence permettant l'impartialité des procédures d'attribution.

⁶³⁸ Y. GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, op. cit.

⁶³⁹ Ainsi, Y. GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, op. cit.

une construction jurisprudentielle destinée principalement aux collectivités locales, au point d'être ensuite réglementée par le *Code Général des Collectivités Territoriales* (CGCT)⁶⁴⁰.

Le développement d'un régime juridique national dédié aux délégations de service public permet, en partie, de faire de cette délégation la catégorie générale des concessions (qui commencent également à être régies par le droit communautaire), différente et autonome à la fois des marchés publics, malgré la similitude potentielle d'objet entre les deux catégories, et des contrats similaires, tels que les contrats de gestion de service public, qui, malgré leur objet, relèvent de la catégorie des marchés publics en raison de leur rémunération directe, comme l'a confirmé l'arrêt " Préfet des Bouches du Rhône " ⁶⁴¹.

La délégation est définie par la loi Sapin⁶⁴², qui a été créée dans le but de prévenir la corruption et d'assurer la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Si le pouvoir discrétionnaire de choisir un contractant *intuitus personae* de la part de la collectivité locale demeure, la délégation est également soumise aux principes de transparence et de publicité. En effet, c'est l'autorité publique qui établit la liste des candidats admis à présenter une offre, mais seulement après avoir examiné leurs garanties professionnelles et financières et leur aptitude à assurer la continuité du

⁶⁴⁰ Dont une première version a été introduite par la loi 96-142 du 21 février 1996, publiée le 24 février 1996.

⁶⁴¹ Cf. CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc, dans lequel le *Conseil d'Etat* précise que " les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 (...) et notamment celles de son article 38 relatives à la délégation de service public par des personnes morales de droit public, ne sauraient être interprétées comme dispensant du respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du contractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'opération ". L'arrêt est donc particulièrement novateur en ce qu'il protège le champ d'application du code des marchés publics d'un éventuel rétrécissement consécutif à la loi dite "Sapin" du 29 janvier 1993, et en ce qu'il clarifie la distinction entre les délégations de service public d'une part et les marchés publics d'autre part. Les contrats dans lesquels la rémunération du contractant de l'administration n'est pas substantiellement garantie par les résultats de l'opération sont soumis aux règles régissant les marchés publics. Par conséquent, le contrat conclu par une commune avec une société pour la collecte et le transport des déchets ménagers et la gestion de la décharge municipale, qui prévoit que la rémunération du cocontractant privé est assurée par un prix payé par la commune, constitue un contrat soumis aux règles des marchés publics, même s'il a été conclu après l'entrée en vigueur de la loi Sapin, dès lors que les dispositions de cette loi, et notamment celles de son article 38 relatives aux délégations de service public des personnes morales de droit public, n'ont pas pour objet de soustraire ces contrats à ces règles.

⁶⁴² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

service public et l'égalité des usagers avec le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations et, le cas échéant, les conditions tarifaires de la prestation fournie à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la collectivité publique délégante qui, à l'issue de ces négociations, choisit le délégataire⁶⁴³.

Si, comme nous l'avons analysé au chapitre précédent, la jurisprudence communautaire privilégie une approche quantitative pour identifier l'objet principal du contrat, comme dans le cas des concessions mixtes de travaux et de services⁶⁴⁴, la jurisprudence nationale adopte une approche "qualitative" et, soutenue par la législation apporte des concessions de services dans le cadre de la délégation de service public et du règlement pertinent de la loi Sapin, afin d'éviter, entre autres, que de nombreuses concessions de services, impliquant des investissements importants, ne soient soumises qu'à l'ordonnance sur les concessions de travaux publics, qui prévoit un cadre réglementaire beaucoup moins strict que la loi Sapin⁶⁴⁵.

Même dans cette législation, qui intervient pour transposer les principes européens, c'est le service public qui justifie le régime exorbitant auquel est soumise la délégation de service public, et donc le contrat de concession comme sa sous-catégorie ; non seulement cela, mais même les concessions dans lesquelles le service public est absent, c'est-à-dire les concessions de travaux, peuvent entrer dans le champ de la délégation, si elles sont liées à la gestion d'un service public.

⁶⁴³ Ainsi le décret du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi Sapin. Cependant, cette publicité est d'abord purement interne : contrairement à la réglementation des marchés publics, aucune publication n'est faite au niveau communautaire. En effet, les travaux préparatoires à la rédaction de la discipline révèlent la crainte des parlementaires de s'ouvrir à la concurrence étrangère.

⁶⁴⁴ Bien que la valeur des travaux et des services soit évidemment un critère important pour déterminer l'objet principal d'un accord, ce n'est qu'un critère parmi d'autres. En particulier, il faut également tenir compte des obligations qui peuvent être considérées comme essentielles et qui, en tant que telles, caractérisent l'accord (CJCE, 21 février 2008, affaire C-412/04, Commission CE/Italie, point 49 : Rec. 2008, I, p. 619 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 52, note de W. ZIMMER ; AJDA 2008, p. 383 et 879, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; BJCP 2008, p. 175, obs. Ch. M.).

⁶⁴⁵ Il s'agit de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, qui reste en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi Sapin 2, c'est-à-dire la loi n° 2016/1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (changement de nomenclature intéressant).

L'articulation entre les dispositions de la loi Sapin et le code des collectivités territoriales⁶⁴⁶, dans lequel la délégation comme outil de gestion du service public est primordiale, n'est pas toujours complète et la jurisprudence n'est pas toujours sans équivoque⁶⁴⁷.

La réglementation de la délégation est, cependant, assez organique et principalement contenue dans la loi Sapin⁶⁴⁸, bien que partiellement complétée par quelques lois sectorielles spécialisées⁶⁴⁹.

Comme mentionné ci-dessus, cette législation a été promulguée pour transposer les obligations européennes en matière d'anti-corruption et de transparence, mais la doctrine a fait valoir que cette législation était en réalité un " alibi pour retarder l'adaptation du droit européen aux concessions"⁶⁵⁰ protégeant ainsi les grands monopoles nationaux, sans vraiment innover, puisqu'un régime spécial existait déjà en

⁶⁴⁶ Ainsi, le CGCT, Art.L.1411-1 et suivants.

⁶⁴⁷ Ce point est encore débattu aujourd'hui : voir E. MULLER, *La délibération sur le principe de la délégation de service public relève du contentieux de l'excès de pouvoir*, Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2021, comm. 248 TA Toulouse, 25 mai 2021, n° 1901926 Dans ce jugement, le tribunal administratif de Toulouse retient que les auteurs d'une action en justice lein contestant la validité d'un contrat de délégation de service public ne peuvent demander, dans le cadre de cette action, l'annulation de la délibération par laquelle l'autorité délégante a approuvé le principe de la délégation de service public en application de l'article L. 1411-4 CGCT. En effet, la résolution " vise à entériner le principe de la gestion déléguée d'un service public et à autoriser l'autorité exécutive compétente à lancer la consultation ", constitue " un préalable obligatoire au lancement de la procédure de passation " et " intervient avant le début de la consultation des opérateurs économiques " (Cf. CE, 24 mai 2017, n° 407264, SIVU de la station d'épuration du Limouxin : JurisData n° 2017-009996 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 193, note G. ECKERT), le juge ajoute qu'il s'agit " d'un acte autonome, détaché du processus contractuel ". Le Conseil d'État avait précédemment jugé que la délibération sur le principe de la délégation n'a pas le caractère d'un acte préparatoire, mais d'un acte susceptible d'être attaqué pour excès de pouvoir (CE, 24 novembre 2010, n° 318342, Assoc. Fédérale d'action régionale pour l'environnement, BJCP 2011, p. 72 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 21, note G. Eckert). Une solution identique a été adoptée après la jurisprudence du Département de Tarn-et-Garonne instaurant le recours en contestation de la validité des contrats administratifs, à propos de la résolution sur le principe du recours au contrat de partenariat (CAA Marseille, 27 décembre 2019, n° 19MA01714, Ville Marseille : JurisData n° 2019-023744 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 88, note G. ECKERT).

⁶⁴⁸ En 2001, la loi MURCEF sur la transparence et la lutte contre la corruption normalisera différemment certains aspects de la lutte contre la corruption.

⁶⁴⁹ Par exemple, le service public de l'eau dans la loi Barnier de 1995.

⁶⁵⁰ Cette tendance à maintenir la spécialité du droit administratif ressort également de la privatisation de nombreuses entreprises de service public qui, en vertu de leur mission de service public, conservent des caractéristiques publiques, notamment à travers la réforme de 1995. Sur ce point, M. SAPIN, *La place et le rôle des usagers dans les services publics*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, 1983.

droit interne. En effet, la pierre angulaire de l'action administrative, le pouvoir discrétionnaire⁶⁵¹, est également protégée par la jurisprudence⁶⁵². De même, le droit prétorien étend la loi Sapin à la subdélégation et à la sous-concession⁶⁵³, mais pas dans son intégralité : en effet, elles ne sont pas soumises à la publicité ou à la concurrence, sauf si elles sont précisées par une législation spéciale, comme celle sur les autoroutes⁶⁵⁴.

En précisant le périmètre d'application, le Conseil d'État établit que la procédure de la loi Sapin ne s'applique qu'aux délégations créées par contrat⁶⁵⁵, de sorte qu'une autorisation unilatérale ou une autorisation d'exploiter un service public⁶⁵⁶, également créée par la loi ou le règlement⁶⁵⁷, ne sont pas soumises au régime des délégations de service public. Toutefois, cette limite formelle est affaiblie par la jurisprudence européenne qui tend à étendre la notion de contrat à tout ce qui " ne fait pas réellement l'objet d'un accord entre l'administration et l'opérateur économique, mais résulte directement de la loi ou du règlement "⁶⁵⁸.

La jurisprudence nationale, avec l'avènement de la loi Sapin, a été complétée par la notion de "risque opérationnel supporté par le contractant"⁶⁵⁹.

Concernant le contenu, la loi Sapin ne précise pas la durée du contrat, mais seulement qu'il doit s'agir d'une " durée normale d'amortissement "⁶⁶⁰. Dans la pratique, il existe

⁶⁵¹ C'est ce que prévoit l'article 38 de la loi Sapin (et donc sans corrélation avec, ni même obligation de préciser les critères de sélection en amont).

⁶⁵² Bien que les juges du tribunal de première instance aient tenté d'établir l'existence de critères de sélection contraignants (voir, par exemple, TA Nantes, 11 avril 1996, n° 94-2277, Cie des transports de l'Atlantique : JurisData n° 1996-046541), le Conseil d'État s'y est longtemps refusé (voir concl. Commissaire du Gouvernement Fornacciari sous CE, 17 décembre 1986, n° 76747, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers : RFDA 1987, p. 21).

⁶⁵³ Voir CE 21 juin 2000 Sarl Plage chez Joseph Rec. p. 282, RFD adm. 2000 p. 797, concl. C. Bergeal ; BJCP 12/2000, p. 355, Dr. adm. 2000, obs. S. POACHER. Extension sanctionnée ultérieurement par le décret n° 2006-608 du 26 mai 2006.

⁶⁵⁴ Articles L.122-12 et suivants du code de la route, modifiés par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

⁶⁵⁵ Voir CE 3 mai 2004, Fondation d'assistance aux animaux, BJCP 37/2004, p. 464, conclu. E. Glaser.

⁶⁵⁶ Voir CE 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois, req. 299207 : Rec. Tableaux p. 934.

⁶⁵⁷ CE 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence : Rec. p. 155 ; AJDA 2007, p. 1020.

⁶⁵⁸ Voir CJCE, 8 mai 2013, Eric Liebert, aff. C-197/11 et C-203/11, paragraphe 11.

⁶⁵⁹ Voir CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req. 291794 : AJDA 2008, p. 2454, L. RICHER.

⁶⁶⁰ Ainsi la loi Sapin, art. 40. Sur les questions critiques soulevées par la durée du contrat, voir CE, 11 août 2009, n°303517, Sté Maison Comba : JurisData n° 2009-007564 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 364, note G. Eckert. - P. Idoux et F. Cafarelli : Dr. adm. 2009, comm. 147. - J.-B. Vila : JCP A

de nombreux exemples où la délégation de service public dépasse les trente ans d'exécution⁶⁶¹, sauf dans le cas de la *théorie de l'avenant* qui consiste en un acte additionnel au contrat qui, tout en le modifiant, laisse ses parties essentielles inchangées⁶⁶².

La loi Sapin interdisant les clauses relatives aux services, travaux et paiements hors du champ de la délégation⁶⁶³, le Conseil d'État a refusé l'opposabilité d'une clause permettant le financement des coûts des employés au péage, dans le cas d'une concession autoroutière, passant ainsi outre les dispositions du droit communautaire,

2009, 2261. - CE, 8 février 2010, n° 323158, Cne Chartres : JurisData n° 2010-000413 ; JCP A 2010, 2146, note J.-B. Vila.

⁶⁶¹ Toutefois, il faut souligner que c'est ici que la théorie de l'avenant a pu se développer considérablement, puisque c'est par ce mécanisme juridique que les fluctuations économiques affectant le contrat ont été prises en compte. Mais, là encore, si la jurisprudence a pu se prononcer au cas par cas dès l'origine (voir TA Melun, 7 juillet 1999, n° 99403, Préfet du val de Marne et a. c/ Cne Fontenay-sous-Bois : BJCP 2000, p. 71), les réflexions sur ce sujet sont relativement récentes. Ce n'est que près de dix ans après la mise en œuvre de la loi Sapin de 1993 que le Conseil d'État a fixé un cadre dans son avis de 2005. Voir CE, avis, 19 avril 2005, n° 371234 : EDCE 2005, p. 197. En doctrine, voir H. HOEPFFNER, *Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public*, Contrats-Marchés publ. 2006, étude 19.

⁶⁶² L'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, en ce qu'il autorise la prorogation des conventions de délégation de service public dans certains cas, n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application des règles générales régissant les avenants. Un avenant, y compris celui qui prolonge une convention de délégation de service public, ne peut pas modifier l'objet de la délégation. Il n'est donc pas possible d'utiliser une clause modificative pour mettre à la charge du délégataire les investissements qui conduisent à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa taille, de son coût et de son autonomie fonctionnelle (voir avis CE n° 362 908 du 16 septembre 1999 sur le procédé " dos à dos "). Ainsi, si le contrat initial ne concernait que les remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels que ceux assurant l'enneigement des pistes, pour un coût important. Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements réalisés par le délégataire (cf. Avis Section des finances du Conseil d'État n° 364 803 du 8 juin 2000). Enfin, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui relèvent normalement de la compétence du délégataire, tels que les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et livrer le matériel en bon état de fonctionnement à la fin du contrat (voir CE 20 mars 1942 Dame veuve Bastit, Rec. p. 92 ou 12 mai 1942 Commune de Luc-en-Diois Rec. p. 148). S'il n'est pas prévu de modifier la durée de la délégation, les dépenses induites par de nouveaux investissements, qui sont susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en altérer l'objet ou affecter substantiellement l'un de ses éléments essentiels, peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou le versement d'une indemnité au délégataire en fin de délégation. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou disposition contraire de la convention, l'indemnité versée au délégataire par l'autorité délégante au terme de la délégation ne peut porter que sur le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, pour autant qu'elle n'excède pas leur valeur réelle.

⁶⁶³ Ainsi le cas des concessions d'eau de Grenoble.

silencieux sur ce point, puisqu'il est indéniable que les concessions peuvent constituer un mode de financement intéressant pour les États membres.

Par la suite, la définition juridique de la délégation a été alimentée par la loi MURCEF⁶⁶⁴, axée sur les mesures économiques et financières, qui a défini la délégation de service public comme "un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ; le délégataire peut être chargé de la réalisation d'ouvrages ou de l'acquisition de biens nécessaires au service"⁶⁶⁵. Le débat politique a essentiellement porté sur la vision financière (et le critère de rémunération) du contrat et non sur le sujet de la délégation de service public. Le législateur a essentiellement confirmé la définition économique prétentieuse sans préciser les critères financiers, mais a remplacé le mot "assuré" par "lié" en ce qui concerne le rapport qui doit exister entre la rémunération du délégataire et l'exploitation du service⁶⁶⁶.

En substance, la première phrase de la définition est composée uniquement d'éléments tirés de la jurisprudence du Conseil d'État : une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service

⁶⁶⁴ Voir l'article 3 de la loi MURCEF, 2001-1168 11 décembre 2001, qui constitue la première ligne de l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales. La doctrine a critiqué l'incertitude de l'expression "résultats de l'opération" et du terme "substantiellement", qui n'ont pas de signification certaine. S'appuyant sur la " grande souplesse " de la délégation de service public, la Commission des finances a justifié l'utilité d'une définition législative pour contrer " les tentatives de contournement du contrôle de légalité qui s'applique aux contrats signés dans le cadre du code des marchés publics ", le régime de la délégation apparaissant " plus libéral que celui des marchés publics ". Par ailleurs, il a approuvé le critère de la rémunération du contractant figurant dans la décision du Conseil d'État du 15 avril 1996 (" Préfet des Bouches-du-Rhône ", rec. p. 137), et son corollaire concernant la prise en compte du risque opérationnel (CE, 30 juin 1999, " Smitom Centre-Ouest seine-et-marnais ", rec. p. 230). Reprenant l'approche des conclusions du commissaire du gouvernement Catherine Bergeal dans l'arrêt "Smitom" : "Ce qui est déterminant pour assurer l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion d'un service public, c'est, en définitive, que l'équilibre financier du contrat dépende des recettes générées par le service.

⁶⁶⁵ Art. 3 de la loi MURCEF, cit.

⁶⁶⁶ M. DEGOFFE, *La loi MURCEF modifie sur quelques points la procédure de passation des délégations de service public*, Revue de Droit Immobilier, Dalloz, 2002, p. 66.

public dont elle a la responsabilité⁶⁶⁷ à un délégataire public⁶⁶⁸ ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service⁶⁶⁹.

A ce stade, l'apport du législateur est donc de cristalliser la relation entre la rémunération du délégataire et l'exploitation du service.

En bref, la tendance est de rester profondément attaché au maintien d'un modèle national, qui préserve les prérogatives du service public⁶⁷⁰.

2. LA COHABITATION ENTRE LA *DELEGATION DE SERVICE PUBLIC* ET LA CONCESSION DE SERVICE

La figure de la concession a longtemps prospéré dans le système juridique français sans être particulièrement ébranlée par le droit européen⁶⁷¹.

Un premier changement significatif est intervenu avec l'abrogation de la loi Sapin I⁶⁷², vieille de 20 ans, par l'ordonnance sur les concessions de travaux publics, guidée par le respect du principe de libre concurrence et de transparence dans l'attribution des contrats⁶⁷³, modifiant profondément la législation sur les concessions de travaux publics, jusqu'alors fragmentée⁶⁷⁴.

En effet, jusqu'à présent, le système juridique a vu cohabiter deux régimes, l'un pour les concessions de travaux publics, réglementé par les directives, et l'autre relatif aux services publics. Il est communément admis par la doctrine et la jurisprudence que les

⁶⁶⁷ CE, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de Douai, rec, T, p. 807.

⁶⁶⁸ Voir CE, avis, 8 novembre 2000, n° 222208.

⁶⁶⁹ CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône, cit.

⁶⁷⁰ Ainsi L. RICHER, *La concession en débat*, LGDJ, coll. " Systèmes ", 2014.

⁶⁷¹ Uniquement par le biais de l'ordonnance ultérieure du 29 janvier 2016 et de son décret d'application du 1er février 2016.

⁶⁷² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.

⁶⁷³ L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 modifie le régime des contrats de concession de travaux publics passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. L'ordonnance 2009-864 du 15 juillet 2009 transpose la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et modifie les règles applicables aux concessions de travaux publics régies par la loi 91-3 du 3 janvier 1991.

⁶⁷⁴ Partie abrogée par l'ordonnance du 29 janvier 2016, art. 77-3°. Voir le dossier spécial : " *Le 20 ans de la loi Sapin* ", AJDA 2013, p. 1429. Les mêmes parlementaires avaient exprimé un fort attachement à la loi dans le rapport d'information présenté par la commission des affaires européennes sur la réforme européenne des concessions, 5 février 2014, Assemblée nationale, rapport n° 1768.

concessions de travaux sont des contrats administratifs⁶⁷⁵, alors qu'il n'est pas aussi évident qu'une concession de services, pour laquelle ni l'objet ni la structure générale du contrat ne révèlent une nature administrative, entre dans cette catégorie.

D'autres incertitudes concernent les concessions conclues par des personnes de droit privé, qui restent généralement en dehors du champ d'application des contrats administratifs, mais qui, *ex lege*, sont des contrats administratifs, comme les marchés de travaux⁶⁷⁶.

En unifiant la discipline, on ne peut manquer de remarquer que, selon l'ordonnance, toutes les concessions de travaux sont des contrats administratifs, même ceux conclus par des entrepreneurs privés.

La législation innove également en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs et les sociétés à finalité spécifique : avant l'intervention, seules les concessions de travaux étaient ouvertes aux personnes publiques et privées, tandis que la délégation de service public était la prérogative exclusive des personnes publiques. Désormais, les sociétés mixtes pourront également effectuer ces procédures d'attribution.

Toutefois, certaines incertitudes demeurent pour les concessions de services, car ni l'objet ni l'économie du contrat n'impliquent un "caractère administratif" évident⁶⁷⁷ : ainsi, les contrats de concession de services conclus avec des personnes morales de droit privé ne relèvent pas de la catégorie des contrats administratifs, qui ne peuvent être conclus que par des personnes de droit public. L'objet de la concession de services semble être de "déléguer" la gestion d'un service public⁶⁷⁸. L'apparente simplicité de cette définition cache de réelles difficultés liées tant au contrat qu'à son objet.

D'où la volonté de réaffirmer, en droit français, la personnalité juridique du droit public dans le cas des contrats administratifs. La neutralité organique du droit européen et l'émergence d'une conception transversale des contrats publics, qui devrait englober les marchés et les concessions, n'empêchent pas, pour l'instant, le maintien d'une conception française de la concession de service public.

⁶⁷⁵ Il s'agit de l'ordonnance du 15 juillet 2009.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ Ce n'est que par l'ordonnance du 15 juillet 2009 et l'ordonnance du 23 juillet 2015 que la nature administrative des concessions inclut également celle des autorités concédantes de droit privé.

⁶⁷⁸ Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009.

En effet, il devrait être possible d'identifier la concession de service public comme l'acte relatif à l'organisation du service public⁶⁷⁹, cependant l'ordonnance est dédiée à la concession de travaux et ne contient pas les mécanismes possibles de dévolution d'un service public, ni tous les contrats qui ont cet objet⁶⁸⁰. Une autre difficulté réside dans le fait que la concession de travaux, si elle est éventuellement mêlée à la fourniture d'un service, peut prendre la forme de l'exécution d'activités qui peuvent avoir déjà été confiées au secteur privé, et il serait donc difficile d'accepter une hypothèse dans laquelle une activité d'origine purement privée recevrait le nom de concession de service public. La jurisprudence administrative a admis en ce sens qu'en dehors des concessions, qui sont des contrats administratifs, les contrats dans lesquels la partie privée a pris l'initiative peuvent être qualifiés de délégations de service public en raison de l'intérêt général pour lequel ils sont exécutés, et en considération de leur organisation qu'une personne publique a progressivement confiée⁶⁸¹.

Grâce à ce règlement, la délégation de service public n'est plus la matrice des concessions généralement comprises, mais "seulement" l'archétype des concessions de service public local.

La jurisprudence clarifie les zones grises de la législation : en particulier, les contrats dits publics sans service public sont assimilés au régime de la délégation de service public, malgré quelques difficultés d'interprétation, principalement liées à la délimitation du périmètre du service public, autour duquel le droit administratif s'est développé⁶⁸².

Tout en généralisant certaines règles d'importance communautaire⁶⁸³, le maintien de la catégorie de la délégation contribue au maintien d'un régime spécifique au service

⁶⁷⁹ Organiser même dans la différenciation territoriales, v. pref. C.-A. DUBREUIL, *Le principe d'unité des catégories de collectivités territoriales en question*, L'Harmattan, 2019, p. 10.

puissent bénéficier des mêmes droits sur l'ensemble du territoire national, ils doivent pouvoir s'adresser à des institutions identiques d'un territoire à l'autre,

⁶⁸⁰ Sur le sujet G. ECKERT, *op. cit.*

⁶⁸¹ Voir CE, Avis n°370169 du 18 mai 2004, Cinémathèque française : EDCE 2004, n° 56, p. 185 - CE, set., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, cit.

⁶⁸² " Le droit communautaire a toujours entretenu des relations difficiles avec le service public à la française, le limitant à une banalisation concurrentielle et contractuelle ", ainsi G. ECKERT, *Les contrats de concession de service public*, Le nouveau droit des concessions, Paris 2016, p. 31.

⁶⁸³ Comme ayant minimisé le principe de la liberté des prix (voir article L. 410-2 du code de commerce).

public⁶⁸⁴, et l'utilisation continue de cet outil de gestion révèle un attachement au moins symbolique à la spécificité nationale qui semble dépasser le cadre du service public⁶⁸⁵. Au contraire, selon certains auteurs, le maintien de la cohabitation de la concession et de la délégation serait "inutile dans ce contexte"⁶⁸⁶, car si la délégation ne représente plus la "catégorie matricielle"⁶⁸⁷ des concessions, le maintien de son utilisation conduirait en fait à l'inverse du résultat recherché, à savoir empêcher la consécration d'une concession de service public unique.

Suite à l'entrée en vigueur des directives de deuxième génération, une deuxième ordonnance⁶⁸⁸ intervient, dont le libellé ne se limite pas aux concessions de travaux, mais définit les concessions de services pour inclure les concessions qui n'ont pas pour objet principal une mission de service public, ce qui constitue un véritable *renouveau de la tradition française*⁶⁸⁹.

L'article 5 de la directive "concessions" ne vise que les concessions de services, qui permettent de confier au concessionnaire "la fourniture et la gestion de services", alors que dans la tradition du droit français, les concessions avaient nécessairement pour objet un service public, ou au moins l'exécution de travaux publics. Au contraire, il était même impossible qu'il y ait des contrats qui transfèrent un risque sans être liés au service public. En effet, comme le soutient la doctrine, " le contrat administratif tire ses particularités de l'inclusion en son sein de règles propres au service public ", des pouvoirs de résiliation et de modification unilatérale du contrat, des pouvoirs dits

⁶⁸⁴ Ainsi K. BEN KHELIL et F. TENAILLEAU, *La recomposition du paysage des concessions*, JCP A 2016, 2062 §10.

⁶⁸⁵ Voir le rapport d'information sur la réforme des concessions européennes, Doc. Parlem. A.N., mars 2014, n° 1768.

⁶⁸⁶ G. KAFLÉCHE, *Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ?*, Contrats-Marchés publ. 2014, étude n° 4. La même question a été posée par P. TERNEYRE, *La notion de marchés publics : rupture ou continuité ?*, Contrats-Marchés publ. 2016, Repère n° 3.

⁶⁸⁷ Expression de F. LLORENS et P. Soler-COUTEAUX, *Contrats de concession : une nouvelle donne*, Contrats-Marchés publ. 2016, Repère n° 3.

⁶⁸⁸ Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

⁶⁸⁹ Selon G. ECKERT, *Le nouveau droit des concessions*, p. 45 commentaire de l'art. 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 en ce qui concerne le rapport d'information destiné au concédant, il prévoit que même dans le cas d'une concession de travaux au sens de l'article 6 §III dont l'objet principal est l'exécution de travaux, elle peut être considérée par l'autorité dans les conditions d'exécution d'un service public. Ainsi, une concession de travaux dont l'objet secondaire est l'exploitation d'un service public peut être soumise au régime du service public.

exorbitants de l'administration dans l'exécution du contrat administratif, qui trouvent leur origine dans le service public et s'étendent ensuite à tous les contrats administratifs. La délégation de services est désormais définie par rapport au contrat de concession et non par rapport à la concession de services⁶⁹⁰, ce qui explique que certaines théories commencent à considérer que ce serait la délégation de services qui serait qualifiée, selon l'objet principal, de concession de service public ou de concession de travaux⁶⁹¹. Il est particulièrement pertinent de noter que l'ordonnance harmonise fortement le régime de toutes les concessions, qui sont unies par la publicité, la simplification des modèles d'attribution, la définition des critères de sélection des offres et l'obligation d'informer les candidats et les soumissionnaires⁶⁹², alors que la notion de service public n'a qu'une marge étroite.

Un rapprochement, au moins partiel, entre les règles relatives aux concessions et celles relatives aux marchés publics est également pertinent⁶⁹³. En particulier, les règles qui tendent à aligner la réglementation des contrats sont la disqualification des soumissionnaires, l'évaluation des capacités des soumissionnaires et l'intégration des considérations environnementales et sociales⁶⁹⁴.

En règle générale, les concessions de services publics sont soumises aux principes généraux des marchés publics, tels que l'égalité de traitement, et aux principes constitutionnels de continuité et de mutabilité du service⁶⁹⁵. En outre, il est possible de déroger au droit "économique" européen pour des raisons nécessaires au bon

⁶⁹⁰ Ainsi l'art. L. 1411-11 CGCT, reformulé par l'Ordonnance.

⁶⁹¹ Aussi K. BEN KHEIL et F. TENAILLEAU, op. cit.

⁶⁹² Voir W. ZIMMER, *Les procédures de passation des concessions de droit commun*, Contrats-marchés publ. 2016, dossier 4 ; Ph. DELIS, *Contenu et exécution des contrats de concession*, Contrats-marchés publ. 2016, dossier 5.

⁶⁹³ Voir S. BRACCONNIER, *Les règles d'attribution des contrats*, RFDA 2016, p. 252 ; F. LICHERE, *La passation des concessions*, AJDA 2016, p. 1000 ; W. ZIMMER, *Les procédures de passation des concessions de droit commun*, Contrats-marchés publ. 2016, dossier 4.

⁶⁹⁴ Ainsi P. INDOUX, *Les considérations environnementales et sociales*, RFDA 2016, p. 260. Voir également G. ECKERT, *Les contrats de concession de service public*, *Le nouveau droit des concessions*, Paris 2016, p. 31 : "le droit de l'Union européenne a toujours eu une relation difficile avec le service public à la française qui le limite à une banalisation concurrentielle et contractuelle".

⁶⁹⁵ Dans certains cas, le CE a autorisé un dispositif transitoire permettant de continuer à assurer le service public sans publicité ni appel d'offres pendant le temps nécessaire à la conclusion d'un contrat dans les formes prescrites CE 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. 396191.

fonctionnement d'un service d'intérêt économique général, dont les concessions de service public sont le principal instrument⁶⁹⁶.

Certaines règles traditionnelles semblent difficiles à utiliser, comme les clauses de régulation dans les conventions de délégation de service public, qui permettent de modifier unilatéralement le contrat tout en respectant l'équilibre financier. De plus, le pouvoir de modification est basé sur un accord des parties et non sur les prérogatives unilatérales du constituant.

Ce que le droit européen ne semble pas avoir influencé, en revanche, c'est le système des obligations de service public et de la compensation de son coût⁶⁹⁷. En effet, le droit européen précise les conditions dans lesquelles ces compensations ne peuvent être qualifiées d'aides d'État⁶⁹⁸, et cette jurisprudence est largement utilisée par les juridictions françaises⁶⁹⁹.

Par ailleurs, le recours à une concession de service public permet de contourner ce régime d'exception et facilite le financement public, en effet, la Commission a défini les conditions dans lesquelles, même s'il s'agissait d'une aide d'État, cette compensation serait compatible avec le droit communautaire, sans contrôle préalable au niveau européen⁷⁰⁰. En effet, la catégorie semble désormais inclure des contrats dont la mission de service public n'est pas la mission principale. Cette évolution semble faciliter l'émergence de concessions de travaux ou de services qui incluent également des obligations de service public⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ Conformément à l'article 106, paragraphe 2, du TFUE.

⁶⁹⁷ Sur ce point S. ZIANI, *Du service public à l'obligation du service public*, LGDJ Bibliothèque du droit public, vol. 285, 2015.

⁶⁹⁸ Voir l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

⁶⁹⁹ Voir CJCE 24 juillet 2003 *Altmark Trans GmbH*, uff. C-280/00 : Rec. p. I-7747. CE 13 juillet 2012 *Compagnie méridionale de navigation et Sté nationale Corse Méditerranée*, req. 355616, 355622, 358396 ; CE 13 juillet 2012 *Communauté de communes d'Erre et Gevres*, req. 347073, 347170 et 350925.

⁷⁰⁰ Ainsi, la décision de la Commission du 20 décembre 2011 JOUE 2012, L.7/3 et le règlement n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 concernant l'application des articles 107 et 108 du TFUE relatifs à la taille minimale des entreprises fournissant un service d'intérêt économique général JOUE L.144/8.

⁷⁰¹ Voir G. ECKERT, *Le nouveau droit des concessions*, op. cit. , p. 57.

Comme on le sait, outre les changements introduits dans la phase d'attribution, les textes européens interviennent également dans la phase d'exécution⁷⁰², que la doctrine considère comme " l'une des principales innovations de cette réforme "⁷⁰³, bien que négligée dans les textes nationaux⁷⁰⁴. Ceci est particulièrement évident en ce qui concerne la durée maximale du contrat et le régime des modifications⁷⁰⁵. La directive pourrait s'adapter au principe de mutabilité du contrat de service public, même si cela n'est pas explicitement prévu dans le texte. L'exigence européenne de déterminer la durée du contrat semble cependant encore difficilement conciliable avec le service public, notamment au regard du principe de mutabilité du service et des contrats administratifs conduisant à une " banalisation du service public français ".⁷⁰⁶

L'ordonnance ne prévoit que quelques règles spécifiques pour les concessions de service public, qui peuvent être réparties en quatre catégories. Le premier n'est pas du tout typique de ces contrats, mais rompt plutôt avec la tradition du choix *intuitu personae* : il s'agit de la liberté de choix de la gestion des activités publiques⁷⁰⁷ ; la jurisprudence refuse cependant de contrôler ces choix de gestion, et ne se prononce même pas sur l'erreur manifeste⁷⁰⁸.

⁷⁰² F. BENCHENDIKH, *Le régime d'exécution des concessions de services sans service public*, Contrats et marchés publics, n° 7 juillet 2020. Droit de la commande publique, Dalloz, 2019.

⁷⁰³ Voir sur ce sujet les réflexions de H. HOEPFFNER, *L'exécution des marchés publics et des concessions saisies par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique*, Contrats-Marchés publ. 2014, dossier 6. Voir 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 que, à la suite de la Cour de justice, elles reprennent intégralement l'exécution de ces directives ".

⁷⁰⁴ Sur ce point R. NOGUELLOU, *L'exécution des contrats de concession*, AJDA 2016, p. 1008 ; Ph. DELELIS, *Contenu et exécution des contrats de concession*, Contrats-Marchés publ. 2016, dossier 5 ; L. RICHER, *La fin des contrats*, RFDA 2016, p. 294.

⁷⁰⁵ Ainsi, Ph. TERNEYRE, *La durée des contrats*, RFDA 2016, p. 276 ; F. LLORENS - P. SOLER-COUTEAUX, *La prolongation des contrats de concession : quelles perspectives ?*, Contrats-Marchés publ. 2016, repère 4 ; H. HOEPFFNER, *La modification des contrats*, RFDA 2016, p. 280.

⁷⁰⁶ Sur le sujet, G. ECKERT, *Le nouveau droit des concessions*, cit. p. 56.

⁷⁰⁷ Ainsi, l'article L. 1 et l'article 4, qui précisent que les autorités concessionnaires peuvent choisir de gérer le service public par leurs propres moyens ou en attribuant des contrats à des opérateurs économiques, mais détermine ensuite que le mode de gestion doit garantir un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, ainsi que la promotion de l'accès universel des usagers.

⁷⁰⁸ La Cour ne vérifie donc pas la qualification factuelle de ce choix, CE 10 janvier 1992 Association des usagers de l'eau de Peyreleau : Rec. p. 13.

Ensuite, il existe deux règles concernant la procédure de concession de service public : la première concerne la sélection des candidats admis à soumissionner et constitue une option : " en cas de délégation, les conditions de participation peuvent être fondées sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public⁷⁰⁹ ; la seconde concerne la sélection des offres, qui limite le libre choix traditionnel du pouvoir adjudicateur⁷¹⁰. Elle établit un nouveau critère obligatoire, mais sans préciser le rôle qu'il doit jouer dans la hiérarchie des critères de sélection en cas de critères contradictoires.

Enfin, l'ordonnance établit des règles spécifiques pour cette concession au moment de l'exécution : en réalité, il ne s'agit pas vraiment de nouvelles règles, mais d'une obligation de fournir des informations à l'autorité concédante, par la présentation d'un rapport annuel, permettant à l'administration d'évaluer " la gestion et les conditions d'exécution du service public "⁷¹¹. Le contenu du rapport défini dans le règlement reflète la nécessité d'un contrôle accru par le concédant⁷¹². En effet, dans le cas d'un service public, y compris celui délégué par le biais d'une concession de travaux, le rapport doit permettre au concédant de comprendre et d'évaluer l'exécution du service public. Par ailleurs, toujours dans le cas d'un service public, le rapport doit permettre de suivre les investissements (initiaux et nouveaux) et de présenter un inventaire des coûts.

⁷⁰⁹ Ainsi Article 45 : Lorsque la gestion d'un service public est déléguée, ces conditions de participation peuvent notamment porter sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

⁷¹⁰ En effet, l'ordonnance transpose la directive en prévoyant une hiérarchie des concessions au-dessus des seuils et va également au-delà de ce que le CE avait déduit du principe de transparence CE 23 décembre 2009 Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. 328827 et 330054 : AJDA 2010, p. 500 remarques de J.D. Dreyfus.

⁷¹¹ Ainsi, l'article 52 de l'ordonnance de 2016.

⁷¹² Cependant, certains auteurs ont stigmatisé le retour en arrière qui a ramené la rédaction à la discipline de la délégation : J.B.VILA, *L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégation des services publics*, JCP A 2016 2063. Il souligne également la disparition de l'article R 1411-7 CGCT du coefficient de péréquation des comptes économiques, qui serait "une information essentielle pour déterminer la rentabilité exacte du contrat".

En ce qui concerne les services, l'ordonnance prévoit que le contrat peut comporter des clauses " relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au secteur social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet de la concession " ⁷¹³.

En effet, pour les opérateurs du marché, les conditions d'exécution découlent naturellement de l'objet du contrat, et il est donc inapproprié de prescrire d'autres conditions, c'est-à-dire de mettre en œuvre une politique distincte pour le service public et avec un coût plus élevé pour l'utilisateur. Comme on le sait, la directive ne prévoit pas une telle disposition spécifique ⁷¹⁴.

En ce qui concerne l'exécution du contrat, de nombreuses précisions sont données sur la modification du contrat et les conséquences de son éventuelle "annulation" par le tribunal ⁷¹⁵.

Le critère du risque économique est affirmé pour identifier une concession ⁷¹⁶, la distinguant des marchés publics ⁷¹⁷. Ainsi, un *contrat mobilier urbain*, qui prévoit le transfert d'un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer à l'adjudicataire, est qualifié de contrat de concession de services et non de marché public ⁷¹⁸. Au contraire, une concession de service public peut être requalifiée par le juge en contrat si la part

⁷¹³ Le premier alinéa de l'article 33 de l'ordonnance, qui est déterminé par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par le règlement. Cette exigence est qualifiée par la doctrine de " couteau suisse " des marchés publics français.

⁷¹⁴ Ceci est réaffirmé à l'article 34 (I) de l'Ordonnance.

⁷¹⁵ Pas de bouleversement, mais de nombreuses précisions sur la modification du contrat et les conséquences de son éventuelle annulation judiciaire, dispositions regroupées au titre IV du texte.

⁷¹⁶ Sur ce point P. DEVOLVÉ, *Les contrats de la commande publique*, RFDA 2016, p. 201 ; F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit de concessions*, AJDA 2016, p. 985 ; M. UBAUD-BERGERON, *Le champ d'application des nouvelles dispositions*, RFDA 2016, p. 218 ; G. ECKERT, *Le champ d'application du nouveau droit des concessions* Contrats-marchés publ. mars 2016, dossier 2.T. PEZ, *Le risque, les concessions et les marchés*, RFDA 2016, p. 237.

⁷¹⁷ Ainsi W. ZIMMER, *Les procédures de passation des concessions de droit commun*, Contrats-marchés publ. 2016, dossier.

⁷¹⁸ Voir CE 25 mai 2018, n° 416825, Société Philippe Védiaud Publicité c/ Commune de Saint-Thibault-des-Vignes. L'objet du contrat était l'installation, l'exploitation et la maintenance de mobilier urbain destiné notamment à l'information municipale. Le titulaire du contrat devait fournir ces services à titre gratuit et était rémunéré par les recettes provenant de la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs. Le contrat ne comportait aucune clause prévoyant le paiement d'un prix à son titulaire. Ce dernier est exposé au risque, sans qu'aucune clause du contrat ne prévoie que la municipalité assume la responsabilité, en tout ou en partie, des pertes qui peuvent en résulter. Par conséquent, le contrat, par lequel un risque opérationnel est transféré à l'adjudicataire dans le cadre de l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public.

de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux risques du marché⁷¹⁹. Enfin, le contrat d'installation et de gestion des célèbres colonnes Morris conclu entre la ville de Paris et la société *JC Decaux* n'a pas été conclu pour répondre aux besoins de la ville et ne peut, pour cette seule raison, être qualifié de marché public et donc soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics, mais de convention d'occupation du domaine public⁷²⁰.

Certains auteurs estiment qu'il n'est pas nécessaire, dans ce contexte où la macro-distinction entre les marchés publics semble être celle entre les appels d'offres et les concessions, de maintenir le régime de la délégation de service public⁷²¹.

Cependant, les règles de délégation de service public sont nombreuses dans le CGCT : il s'agit des règles relatives à l'assemblée délibérante, à la commission consultative qui décide du choix (politique) du service public local et au titre de la fonction publique locale d'un comité technique⁷²². La capacité d'assurer la continuité du service public est ici une option⁷²³.

3. L'EFFET DE LA DIRECTIVE SUR LES SERVICES SUR LE SYSTEME FRANÇAIS DES CONCESSIONS

Traditionnellement, dans le système juridique français, la gestion des biens publics n'est pas soumise aux contraintes de concurrence, de publicité et de transparence. Cependant, la jurisprudence européenne a commencé à distinguer l'occupation des biens publics pour des activités non lucratives des activités économiques⁷²⁴.

Afin de se conformer à la législation communautaire de la directive "services", examinée en détail au chapitre précédent, et d'introduire une plus grande transparence

⁷¹⁹ Voir CE 24 mai 2017, n° 407213, Société Régale des Iles.

⁷²⁰ Voir CE 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris.

⁷²¹ Sur ce point G. KALFLECHE, *Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ?*, Contrats-marchés publ. 6/2014, étude no 4 et Ph. TERNEYRE, *La notion de marché public, rupture ou continuité*, Contrats. Marchés publ. 6/2014 étude n. 3.

⁷²² Voir CE 27 janvier 2011, Commune de Ramatuelle, CJCP 75/2011, p. 108 ; CE 11 mars 1998 Commune de Rognes, req. 168403.

⁷²³ Ainsi l'art. L.1411-5 CGCT.

⁷²⁴ Voir CE, 16 juillet 2007, n° 293229, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital et Syndicat national de chirurgie plastique reconstructrice et esthétique.

dans l'attribution des titres de propriété de l'État aux opérateurs économiques, suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁷²⁵, outre la modernisation et la simplification des règles relatives à la propriété des biens publics, le législateur est intervenu par voie d'ordonnance⁷²⁶, modifiant de manière décisive les règles relatives à l'occupation privative et au transfert de propriété des biens publics en instaurant une procédure de sélection des candidats potentiels à l'octroi de certaines autorisations domaniales⁷²⁷.

Il s'agit là d'un revirement par rapport à la jurisprudence française *Stade Jean Bouin*⁷²⁸, qui a affirmé que le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité, dont découle une obligation de transparence en droit communautaire, n'impose pas aux personnes publiques d'organiser une procédure de publicité préalable à l'octroi d'une

⁷²⁵ L'arrêt *Promoimpresa* précité CJUE 14 juillet 2016, C-458/14 et C-67/15, *Promoimpresa Srl*. Pour plus de détails, veuillez vous reporter au chapitre précédent.

⁷²⁶ Voir l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017.

⁷²⁷ Voir l'art. L. 2122-1 selon lequel une mise en concurrence préalable est requise pour toute délivrance d'un titre d'occupation ; l'art. L. 2122-1-4 qui précise que " lorsqu'un titre mentionné à l'article L. 2122-1 est délivré à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable, par une publicité suffisante, qu'il n'existe pas d'autres manifestations d'intérêt concurrentes ". L'article fait référence aux titres de professions désignés par l'article L. 2122-1 du même code. Cependant, ce dernier fait référence de manière générique aux titres d'occupation privée du domaine public, sans distinguer le type d'activité exercée. Nonobstant le silence du texte sur ce point, il serait cohérent qu'en cas d'expression d'un intérêt concurrent suite à l'appel d'offres, le gestionnaire du domaine public passe par la procédure de l'article L. 2122-1-1 du code et qu'une sélection soit opérée. Par ailleurs, les manifestations d'intérêt spontanées exprimées au gestionnaire du domaine public étant très fréquentes, il serait possible d'imaginer une concurrence entre des activités non économiques ou une telle activité avec une opération économique.

⁷²⁸ Voir CE 3 décembre 2010, n° 338272 et n° 338527, *Ville de Paris - Association Paris Jean Bouin*. En l'espèce, la Ville de Paris a autorisé l'Association Paris Jean Bouin à occuper le domaine public et à utiliser les installations sportives, notamment le stade Jean Bouin à Paris. La simple présence d'un club de rugby professionnel. La simple présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition d'installations sportives ne caractérise pas en soi une mission de service public. Par ailleurs, il ne ressort pas de ce contrat que la Ville de Paris a souhaité faire des activités utilisant ces équipements sportifs une mission de service public et les confier à l'association sous son contrôle. Les obligations imposées à l'association correspondent à celles que le gestionnaire du domaine peut imposer à l'occupant dans l'intérêt du domaine et de l'intérêt général. Ce contrat constitue donc une concession d'occupation domaniale, et non une mission de service public. Le fait que l'occupant du domaine public soit un opérateur sur un marché concurrentiel n'est pas pertinent.

autorisation ou à la conclusion d'un contrat ayant pour seul objet l'occupation d'un domaine public, même si l'occupant est un opérateur sur un marché concurrentiel⁷²⁹.

Selon l'ordonnance, en revanche, dès qu'un titre d'occupation a pour effet de permettre l'exercice d'une activité économique sur le domaine public, sa concession doit être précédée d'une " procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de s'exprimer " ⁷³⁰. Il reste un certain degré de discrétion quant au choix final qui revient à l'autorité.

Le texte indique simplement que les marges seront "librement" déterminées par l'autorité compétente. Selon la jurisprudence, bien que l'ordonnance ne mentionne pas le principe d'égalité de traitement des candidats, ce principe doit néanmoins être appliqué⁷³¹.

Conformément à la législation européenne, la procédure ne s'applique pas aux permis délivrés à des fins autres que l'exploitation économique. Ainsi, les autorités étatiques peuvent toujours, par exemple, délivrer des autorisations à des associations sans but lucratif dont l'activité ne poursuit pas un objectif économique dans le domaine des services sociaux.

Une procédure (encore plus légère) est prévue lorsque "l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique envisagée n'est pas limité", et prévoit l'obligation d'une publicité préalable générique "de nature à permettre l'expression d'un intérêt

⁷²⁹ L'autorité de gestion du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité et, le cas échéant, une procédure de mise en concurrence afin d'encourager les offres concurrentes. Toutefois, en l'absence d'un texte l'imposant et d'une décision de cette autorité de soumettre sa décision à une procédure préalable, l'absence d'une telle procédure ne vicie pas une autorisation ou une convention d'occupation du domaine public dépendant d'irrégularités. L'existence d'une délégation de service public suppose de caractériser la volonté d'une entité publique de mettre en place des activités d'intérêt général dans le cadre de la mission de service public et d'en confier la gestion à des tiers, sous son contrôle. Les obligations que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut imposer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, aux concessionnaires du domaine, sans exercer un droit de regard sur l'activité exercée par l'occupant, ne caractérisent pas une délégation de service public.

⁷³⁰ Cf. nouvel article L. 2122-1-1, alinéa 1 du CGPPP ; article 3 de l'Ordonnance.

⁷³¹ Voir sur la procédure de vente librement déterminée : CE 27 mars 2017, n° 390347, Sociétés Procedim et Sinfimmo.

pertinent et à informer les candidats potentiels des conditions générales d'attribution"⁷³².

De même, lorsque l'autorisation d'occupation résulte d'une manifestation d'intérêt spontanée, il appartient à l'autorité compétente de s'assurer au préalable, par une publicité suffisante, qu'il n'existe pas d'autres initiatives concurrentes⁷³³.

En outre, la sélection préalable peut ne pas être effectuée en raison de nombreuses exceptions⁷³⁴.

Dans la lignée de l'introduction de mesures de publicité et de concurrence relatives aux titres d'occupation, l'ordonnance précise également les modalités de détermination de la durée des occupations du domaine public lorsqu'elles permettent l'exercice d'une activité économique par l'occupant. La durée des titres doit être établie de manière à "ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir l'amortissement des investissements prévus et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis, sans pouvoir dépasser les limites prévues, le cas échéant, par la loi"⁷³⁵.

En substance, les règles régissant les contrats *publics de domaine* (qui comprennent, par exemple, les concessions de plage après une période d'hésitation qui a vu leur nature juridique passer de celle d'une délégation de service public à celle d'un contrat de location), tout en restant quelque peu souples, sont soumises aux garanties des principes de publicité et de transparence.

⁷³² Voir Art. L. 2122-1-1 al. 2 GPCP.

⁷³³ Art. L. 2122-1-4 GPCP.

⁷³⁴ L'article L. 2122-1-2 du CGPPP prévoit que la procédure de sélection préalable n'est pas applicable dans les cas suivants : lorsque la délivrance du titre s'inscrit dans une opération donnant lieu à une procédure présentant les mêmes caractéristiques que celle déterminée par le premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 ; le titre d'occupation est conféré par un contrat de commande publique ou sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un accord contractuel ayant préalablement donné lieu à une procédure de sélection ; l'urgence le justifie (la durée du titre ne peut excéder un an) ; le permis a pour seul objet de proroger une autorisation existante, sans que sa durée totale n'excède celle prévue à l'article L. 2122-2 ; ou que la prorogation excède le temps nécessaire pour régler les relations entre l'occupant et l'autorité compétente dans des conditions acceptables, notamment d'un point de vue économique.

⁷³⁵ Voir L. 2122-2 du CGPPP, tel que modifié par l'art. 4 de l'Ordonnance. Cette formulation, directement issue de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (considérant 62), fait également écho aux dispositions désormais applicables aux contrats de concession (article 6 du décret 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession).

Compte tenu de cette grande marge de manœuvre dans la législation, la portée de ces obligations de divulgation et de transparence est laissée aux tribunaux⁷³⁶.

Pour apporter un exemple vertueux de contrat d'occupation du *domaine public*, actuellement sous l'attention de la doctrine et de la jurisprudence italienne, nous mentionnons la discipline de la concession domaniale à des fins touristiques et récréatives⁷³⁷, qui est clairement réglementée par le législateur français⁷³⁸. La procédure du contrat d'occupation est confiée à des règles transparentes et participatives, grâce à l'instrument de l'enquête publique⁷³⁹, et à l'une des durées les plus courtes dans les systèmes juridiques des États membres européens⁷⁴⁰.

L'État, par l'intermédiaire du préfet, est compétent pour délivrer le titre d'utilisation, d'aménagement et de conservation de certaines portions du littoral⁷⁴¹. Le préfet a pour mission d'informer les intéressés de l'intention de passer ou de renouveler le contrat, ou d'avoir reçu une manifestation d'intérêt de la part d'une personne privée qui n'est pas bénéficiaire du droit de préemption accordé aux collectivités locales compétentes⁷⁴². Ce dossier fera l'objet d'une procédure administrative et d'une enquête publique complémentaire, cette dernière concernant les pièces qui feront l'objet du marché. La priorité est donnée aux communes et, si celles-ci décident de renoncer à leur droit de préemption,

⁷³⁶ CE, 16 juillet 2020, n° 430518. Toutefois, la question préjudicielle est considérée comme inopérante dans le cadre d'un référé visant à suspendre un acte approuvant une convention autorisant l'occupation du domaine public.

⁷³⁷ Ce n'était même pas aussi simple, voir S. BRACONNIER, *Les concessions de plage sont des délégations de service public*, Droit Administratif n° 12, déc. 2000, comm. 248 selon lequel la solution de l'arrêt "Plage Chez Joseph" - CE 21 juin 2000, RFD adm. 2000, p. 797, concl. C. Bergeal ; LDPA 2000, n° 8/9- n'était pas évident, tant en ce qui concerne la qualification de la mission du concessionnaire qu'en ce qui concerne les limites de la délégation.

⁷³⁸ Pour plus de détails, voir l'étude comparative de F. DI LASCIO, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. De Benedetto (ed.), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Il Mulino, 2011.

⁷³⁹ L'enquête publique est un institut de participation typique du système juridique français, prévu parmi les instruments de la démocratie de proximité (ancienne loi n° 2002-276 du 27 février 2002). Cette institution est utilisée lorsque la mise en œuvre d'un projet ou la construction ou la localisation d'une infrastructure peut comporter des risques potentiels pour l'environnement ou la santé de la communauté ou est susceptible de créer une concurrence entre différents types d'intérêts conflictuels.

⁷⁴⁰ C'est-à-dire douze ans.

⁷⁴¹ Art. 1, paragraphe 1 du Décret n° 2006-608 et Art. 5.

⁷⁴² A compter de la date de l'avis, les personnes concernées ont deux mois pour se faire connaître : dans ce cas, il y a un délai de six mois pour déposer auprès du préfet un dossier contenant les pièces mentionnées à l'article 5, paragraphe 2. L2124-4 du décret précise que ceux-ci sont soumis à une enquête publique réalisée par le préfet compétent.

aux personnes morales de droit privé ou de droit public après la publicité de la procédure et la mise en concurrence du marché. Dans les deux cas, à l'issue de l'enquête publique, le préfet statue sur les demandes reçues dans le délai imparti. Le préfet a le pouvoir de décider d'accorder l'autorisation d'utilisation du littoral en dépit d'un avis contraire exprimé au cours du débat public, à condition que cette décision soit suffisamment motivée.

Les règles prévues par la délégation de service public aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales constituent la référence législative dans le cas où le concessionnaire est une collectivité territoriale qui décide d'adopter une " convention d'exploitation ", c'est-à-dire une procédure de mise en concurrence sur le modèle des procédures restreintes du droit européen. Si le concessionnaire n'est pas une autorité locale, une procédure d'appel d'offres ouvert s'applique. Il s'agit de la présentation de plusieurs offres concurrentes, parmi lesquelles sera retenue celle qui sera jugée la plus appropriée à l'objet de l'activité.

Il s'agit essentiellement d'un cadre réglementaire complet qui contribue à l'utilisation efficace de ressources naturelles limitées en appliquant strictement les principes de transparence, de non-discrimination et de libre concurrence inspirés par l'UE.

Une autre question qui se pose toutefois à la suite de la transposition de la directive sur les services en droit national concerne l'exclusion des services dits non économiques du règlement. Exclues tant dans le droit dérivé⁷⁴³ que dans le droit primaire⁷⁴⁴, l'étendue de l'exclusion est difficile à déterminer, et il est parfois paradoxalement nécessaire que les activités soient externalisées et réalisées par un opérateur économique pour comprendre, à travers la relation avec le marché qui en résulte, le caractère économique ou non de l'activité⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Ces services sont exclus du champ d'application de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché unique.

⁷⁴⁴ Ainsi, le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au TFUE, dispose que "les dispositions des traités n'affectent pas la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services d'intérêt général à caractère non économique".

⁷⁴⁵ Considération faite par la Commission dans sa communication du 26 avril 2006 sur les services sociaux d'intérêt général COM2006 177.

D'autres exclusions prévues par la directive sont partiellement appliquées par l'ordonnance, qui a préféré soumettre la concession et la délégation de service public à une procédure d'attribution simplifiée dans le cas de secteurs spéciaux⁷⁴⁶.

Les exclusions semblent controversées. Toutefois, les textes français indiquent généralement, contrairement aux textes italiens, le "caractère public" du service (par exemple, les services de communication "externes" tels que les abonnements de téléphone, d'internet et de télévision pour les patients des hôpitaux sont des services publics *ex lege* confiés par délégation⁷⁴⁷), ce qui les distingue des services ordinaires, qui peuvent néanmoins relever du service public si la personne publique exerce un contrôle sur les tarifs⁷⁴⁸; ou les concessions de casino, qui sont considérées comme publiques, non pas en raison de l'activité - qui ne constitue pas un service public - mais parce que le concessionnaire est tenu de participer à la mission de service public de développement culturel et touristique de la commune où la concession est autorisée⁷⁴⁹.

Ce qui a récemment interrogé la jurisprudence française, c'est le caractère d'ordre public ou non de l'interdiction de la reconduction automatique prévue à l'article 12 de la directive "services" des contrats d'occupation, non seulement du domaine public, mais aussi du domaine privé⁷⁵⁰. Et, compte tenu du caractère d'ordre public de la disposition légale, le renouvellement d'un contrat commercial sur un *domaine privé* ne peut être imposé⁷⁵¹.

⁷⁴⁶ C'est ce que prévoit l'article 10.2 du décret 2016 en référence au secteur de l'eau (article 12 de la directive) et aux transports publics de passagers (article 5 du règlement 1370/2007 du 23 octobre 2007), ainsi qu'aux services sociaux auxquels la directive réserve un régime limité aux règles de publicité (article 19).

⁷⁴⁷ Voir CE 7 mars 2014, Centre hospitalier universitaire-Hôpitaux de Rouen, AJDA 2014, p.1497, obs. J. Hardy.

⁷⁴⁸ C'est ce que stipule l'article 32 de l'ordonnance.

⁷⁴⁹ Voir CE 3 octobre 2003 Commune de Ramatuelle Rec. p.635, BJCP 32/2004, p. 50, concl. M.H. MITJAVILE; Contrats-Marchés publ. 2003, obs. G. ECKERT. Voir CE 6 juillet 2005, Stè Groupe Partouche: Contrats-Marchés publ. 2005, obs. G. ECKERT.

⁷⁵⁰ Sur l'application des obligations de la directive services aux conventions d'occupation du domaine privé, voir le premier arrêt remettant en cause l'application du régime des baux commerciaux aux propriétés privées, TJ Mans, 19 août 2021, n° 20/00813: JCP A 2021, 2311, note P.-M. Murgue-Varoquier. L'article 12 de la directive, qui interdit le renouvellement automatique des autorisations accordées par les autorités publiques lorsque le nombre total d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité, empêche un commerçant occupant une propriété privée de se prévaloir du statut de propriété commerciale, même s'il est d'ordre public, pour imposer le renouvellement du contrat d'occupation dans les mêmes conditions que précédemment ou pour réclamer une indemnité d'éviction.

⁷⁵¹ Cette décision annonce un changement de paradigme en matière d'occupation du domaine privé, remettant en cause la conclusion de baux dont le régime juridique prévoit un droit au renouvellement

En revanche, toujours en relation avec l'interprétation de l'article 12, l'exploitation d'un service sur un *domaine privé*, nonobstant le droit exclusif d'exploitation d'un bien communal qui y est lié, ne constitue pas nécessairement une autorisation dont le nombre est limité à l'exercice d'une activité de service, et peut donc être accordée sans mise en concurrence préalable⁷⁵².

En substance, étant donné le lien entre les biens et les services, il existe une tension permanente entre les règles nationales et européennes.

4. LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC ET LE PERIMETRE DE LA REPARTITION DES COMPETENCES

Comme on le sait, la juridiction administrative trouve son origine dans le système français⁷⁵³, qui établit une distinction claire entre les questions relevant des tribunaux ordinaires (*judiciaires*) et les tribunaux administratifs.

La loi stipule que le tribunal administratif est compétent pour tous les contrats administratifs⁷⁵⁴, ainsi qu'en matière de *service public*, en raison de la mission publique particulière déléguée à la partie privée.

(ce qui concerne non seulement les baux commerciaux mais aussi les baux ruraux). Voir également Contrats-Marchés publ. 2020, chron. 7, § 20.

⁷⁵² Voir CAA Bordeaux, 2 nov. 2021, n° 19BX03590 selon lequel : "le juge considère que la conclusion d'un bail de longue durée sur le domaine privé peut échapper tant aux dispositions de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur qu'à celles de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la liberté d'établissement". En doctrine, G. ECKERT, *Faut-il mettre en concurrence la conclusion d'un bail emphytéotique sur le domaine privé ?* Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2022, comm. 21, p. 21.

⁷⁵³ Comme mentionné dans le premier chapitre, elle trouve son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation de la magistrature et le décret du 16 fructodoro an III (2 septembre 1795). Ces deux textes semblent formuler une interdiction très générale pour le juge judiciaire de trancher les litiges impliquant l'administration. Voir B. ODENT - D. TRUCHET, *La compétence de la juridiction administrative*, La justice administrative 2008, pp. 33- 48. Sur ce point, B. PLESSIX, *Action administrative et dualisme juridique en France*, dans C.-A. DUBREUIL (dir.), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, P.U.F., coll. "Thémis essais", 2016, p. 23-34.

⁷⁵⁴ M. HAURIOU, *La détermination de la compétence de la juridiction administrative en matière de contrats administratifs*, Note sous Conseil d'Etat, 5 novembre 1926, Delpin et autres ; 7 janvier 1927, Revue générale du droit, numéro 14500.

Compte tenu de cette division, il reste quelques domaines - résiduels - de dévolution des litiges aux tribunaux ordinaires, comme prévu dans le premier chapitre, en matière de services publics industriels et commerciaux⁷⁵⁵, du moins dans la relation concernant les usagers privés.

Ainsi, le *Tribunal des conflits* a confirmé la compétence du juge administratif pour apprécier la légalité des décisions qui sont inséparables de l'exercice des pouvoirs publics ou qui concernent l'organisation des services publics⁷⁵⁶ ; il a toutefois jugé qu'une société concessionnaire d'une autoroute qui conclut un contrat avec une autre partie privée pour la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être considérée comme ayant agi pour le compte de l'État. Un tel contrat n'est donc pas de nature administrative et le litige qui en résulte relève de la compétence des tribunaux ordinaires⁷⁵⁷. Il en découle que le régime des contrats conclus avec des tiers par toutes les personnes privées chargées de la gestion d'un service public ou d'un ouvrage public relève donc de la compétence des juridictions ordinaires⁷⁵⁸.

La compétence est également ordinaire dans le cas d'une concession pour une centrale hydroélectrique, qui a été requalifiée en autorisation⁷⁵⁹. Dans cette affaire, la Cour a également considéré que la production d'électricité en vue de sa vente n'est pas une activité d'intérêt public de la commune, qui n'a confié aucune obligation de service

⁷⁵⁵ Le législateur a ainsi confié aux fédérations sportives l'exécution d'un service public administratif. Ils prennent ainsi, dans le cadre de la délégation qui leur est accordée, des décisions qui concrétisent l'usage des prérogatives de puissance publique imposées à leurs membres. Ces décisions sont donc des actes administratifs. L'objet de la délégation qui leur est conférée étant l'organisation de compétitions sportives, tous les actes qu'ils prennent dans le cadre de cette délégation sont soumis à l'appréciation de la juridiction administrative. Par exemple, les décisions prises en matière de classement d'un championnat sont sans aucun doute de nature réglementaire et relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

⁷⁵⁶ Ainsi dans deux arrêts du 4 novembre 1996 (*Société Datasport*, n° 03038) et du 18 octobre 1999 (*Aéroport de Paris et Air France c/ TAT*, n° 03174).

⁷⁵⁷ Voir TC 9 mars 2015 *Mme Rispal c/ Société ASF*, n° C3984, revisitant ainsi la jurisprudence issue de la décision du même TC du 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur*.

⁷⁵⁸ La Cour a ajouté que "la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu", modulant ainsi pour la première fois l'application à l'occasion de son revirement de jurisprudence. Elle a ainsi jugé que les contrats précédemment conclus par une société concessionnaire d'autoroute dans le cadre d'un contrat administratif restent régis par le droit public et que les litiges nés de leur exécution relèvent de la compétence de l'ordre administratif.

⁷⁵⁹ CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, société IGIC, req. n° 17BX04004 et 18BX04275.

public et dont le pouvoir de contrôle se limite à la réception d'un rapport annuel de gestion et au droit de visiter les installations. Par conséquent, les accords ultérieurs ne peuvent pas être qualifiés de délégations de service public, ni relever de la catégorie générale du contrat administratif *ex lege*⁷⁶⁰. La Cour rejette la compétence du tribunal administratif en rappelant que si les accords conclus ultérieurement par les parties impliquent la mise à disposition d'un terrain communal, celui-ci relève du *domaine* privé communal, soumis à la juridiction ordinaire⁷⁶¹.

En revanche, lorsque le service public est lié à l'ordre public, la compétence reste administrative : par exemple, bien que le recours à l'arbitrage soit fréquent pour les litiges impliquant des personnes publiques et affectant les intérêts du commerce international, le Tribunal des conflits se réserve néanmoins le droit d'examiner les recours contre ces sentences, dans la mesure où il s'agit de vérifier la conformité de la sentence avec "les règles impératives du droit public français"⁷⁶² concernant "l'occupation du domaine public ou celles régissant les contrats publics et les contrats de délégation de service public, ces contrats étant soumis à un régime administratif d'ordre public". En application du principe du lien entre la compétence et le fond, le recours contre la sentence arbitrale relève de la compétence du tribunal administratif dans un tel cas⁷⁶³.

Un autre exemple est le litige du particulier condamné par le juge ordinaire à indemniser les usagers pour l'interruption du service public, qui peut demander une indemnisation au juge administratif lorsque la personne publique est reconnue

⁷⁶⁰ En effet, la qualification juridique issue de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du CCP ne s'applique qu'aux marchés dont la procédure de passation a été engagée à partir du 1er avril 2019 (1er avril 2016 pour l'ordonnance).

⁷⁶¹ Et encore, le Tribunal des Conflits 8 novembre 2021, n° C4225 a réaffirmé la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges relatifs à la gestion par une commune de son domaine privé, lorsque les actes de gestion demandés ne répondent qu'à des intérêts privés.

⁷⁶² Voir CT, 17 mai 2010, n° 3754, obs. X. Delpech ; Gaz. Pal., 27 mai 2010, n° 147, p. 27, notes M. Guyomar ; JCP G 2010, n° 552, p. 1045, notes Th. Clay, p. 1096, obs. E. Gaillard ; chron. 644, comm. 12, J. Ortscheidt ; Rev. arb., 2010. 275 et concl. M. Guyomar. En doctrine, M. AUDIT, *Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire INSERM)*, Rev. arb., 2010, p. 253 et seq.

⁷⁶³ TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche médicale c/ Fondation Letten F. Saugstad, n° 3754. Fondation Saugstad, n° 3754, Recueil de jurisprudence, p. 580. Voir notamment les notes de P. Delvolvé (RFDA, 2010, p. 971), P. Cassia (AJDA, 2010, p. 1564) et E. Gaillard (JCP, 2010, n°585).

responsable du dommage : la mesure de l'indemnisation due par cette dernière ne peut être déterminée selon l'appréciation du juge ordinaire, dans la mesure où cette personne publique n'est pas partie à ce litige, mais doit être déterminée par le juge administratif⁷⁶⁴.

En substance, la division française de la compétence par *bloc de compétence* semble conduire à une certaine systématisme, si l'on considère qu'il s'agit de contrats administratifs : certes, le critère juridique de l'objet du service public n'est pas le seul, les critères de la tradition publique (*puissance publique*, "mission" de la concession, application de la théorie des actes *détachables*) restent en usage, bien que résiduels, plutôt que des éléments européens, tels que la prise en charge ou non du risque, maintenant ainsi une certaine spécificité nationale.

Une discussion séparée, liée à la nature juridique de la concession de service public, qu'il s'agisse d'un acte mixte ou d'un contrat à double nature (comme on l'a vu dans le premier chapitre), mérite la théorie des *actes détachables*⁷⁶⁵, visant, avant tout à la fois, à garantir la protection du tiers (l'usager du service public) et s'accompagnant de l'extension *ex lege* des actions pouvant être portées devant le juge administratif, à l'instar de ce qui s'est produit dans le système italien.

Comme on le sait, les concessions de services publics ont la particularité d'être non seulement la "loi des parties", mais aussi des instruments qui permettent aux entités publiques de disposer des moyens nécessaires à l'exécution des services publics ou qui ont pour objet direct la gestion et la mise en œuvre de ces services, et qui touchent donc aussi les usagers. Pour les protéger, le juge administratif a rendu possible de demander l'annulation des actes dits " détachables " du contrat, comme la décision de signer le contrat, ou encore les clauses réglementaires, contenues dans certains contrats administratifs.

Traditionnellement, seules les parties pouvaient contester sa validité directement devant le tribunal contractuel. Les tiers au contrat ne pouvaient contester que les actes administratifs dits "détachables" du contrat, c'est-à-dire les actes précédant sa

⁷⁶⁴ Arrêt du Conseil d'État n° 295837 du 5 juin 2009 - Commune de Richardmenil.

⁷⁶⁵ Sur ce sujet, voir B. PLESSIX, *Les actes détachables*, in F. Brenet, A.-L. Girard, Cohérence et actes administratifs, Faculté de droit et des sciences politiques de Poitiers, coll. " Actes et colloques ", t. 109, pp. 153-173.

conclusion⁷⁶⁶, qui étaient considérés comme des clauses de règlement et non comme des contrats liant uniquement les parties.

Comme on le sait, d'abord en 2007 et plus encore depuis 2014, le Conseil d'État a décidé d'étendre le recours direct contre un contrat à tous les tiers dont les intérêts peuvent être affectés par sa conclusion ou ses clauses⁷⁶⁷. Ainsi, les tiers, sous certaines conditions, peuvent faire appel directement au juge du contrat, compétent pour les jugements de *plein contentieux*, et non plus seulement au juge de l'excès de pouvoir.

Toutefois, les tiers ne peuvent soulever que certaines irrégularités limitativement énumérées, et notamment pas celles concernant les conditions et les formes dans lesquelles la décision de refus a été prise⁷⁶⁸.

Cela affecte la répartition des compétences car les résolutions approuvant un projet de modification d'un contrat de concession, si elles sont considérées comme des actes non réglementaires qui créent des droits pour le concessionnaire⁷⁶⁹, sont soumises à la juridiction ordinaire.

Les actes ultérieurs peuvent également relever de la théorie des actes détachables et faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir : les clauses réglementaires d'un contrat administratif⁷⁷⁰ et les actes administratifs détachables des contrats de droit privé de l'administration relèvent de la compétence des juridictions ordinaires⁷⁷¹.

La survivance de ce qui est désormais une exception introduite en 1996 par la jurisprudence Cayzeele, à savoir le recours au juge de l'excès de pouvoir, est appliquée de manière restrictive. La clause ne sera réglementaire que si elle "a pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public"⁷⁷². En revanche, les clauses concernant le "régime financier de la concession ou de la construction des ouvrages" sont de nature contractuelle⁷⁷³. Comme l'a récemment souligné la doctrine, on peut se

⁷⁶⁶ CE, 4 août 1905, Martin, Rec. Initialement, le Conseil d'État a permis à tout concurrent évincé d'un contrat administratif de saisir le juge administratif pour contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses (CE, 7 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n° 291545).

⁷⁶⁷ Voir CE Département de Tarn-et-Garonne du 4 avril 2014.

⁷⁶⁸ CE, 30 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, n° 398445.

⁷⁶⁹ Voir CE, Bordeaux Métropole, 7ème chambre, 08 janvier 2020, n° 428280.

⁷⁷⁰ Voir CE, 9 février 2018, n° 404982.

⁷⁷¹ Voir CE, 27 octobre 2015, n° 386595.

⁷⁷² Voir CE, 9 février 2018, n° 404982.

⁷⁷³ Encore CE, 9 février 2018, n° 404982, selon lequel, les clauses litigieuses des annexes de l'article 47.2 du cahier des charges de concession autoroutière concernaient la réalisation d'ouvrages, dès lors

demander si, à la lumière des tendances récentes, une clause de régulation en dehors du service public existe (ou existera)⁷⁷⁴.

En tout état de cause, l'intervention du juge n'est plus binaire, c'est-à-dire qu'il annule ou rejette les prétentions des plaignants, afin de protéger efficacement le principe de légalité et d'éviter ce qui, dans certains cas, devient une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles ou à l'intérêt général à la poursuite de l'exécution du contrat⁷⁷⁵.

D'ailleurs, même le juge administratif, pour des raisons idéologiques et techniques, est enclin à utiliser les critères du droit civil⁷⁷⁶.

5. LA CODIFICATION DE LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC EN TANT QUE CONTRAT ADMINISTRATIF DANS LE *CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE*

La concession a atteint sa pleine maturité grâce à l'entrée en vigueur récente du *Code de la commande publique (CCP)*⁷⁷⁷, qui, tout en indiquant certaines spécificités liées au service public, et en faisant référence à la *délégation de service public*, unifie

qu'elles concernaient la reconfiguration d'un échangeur autoroutier et déterminaient les conditions de sa réalisation. Le Conseil d'État a donc jugé que le recours pour excès de pouvoir déposé par la communauté d'agglomération était irrecevable.

⁷⁷⁴ M. UBAUD BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 4 éd. 2022.

⁷⁷⁵ Le litige peut être introduit soit dans le cadre d'une action directe contre le contrat, soit dans le cadre d'une contestation entre les parties sur les conditions d'exécution du contrat (CE, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, Rec. dite " Béziers I "). Dans la décision dite " Béziers II " (CE, 21 mars 2011, Commune de Béziers, n° 304806, Rec.), le Conseil d'État a également accordé aux parties un recours complet pour contester la validité d'une mesure de résiliation et demander la reprise des relations contractuelles. Suite à sa décision dans l'affaire Béziers I, le Conseil d'État a précisé les critères d'appréciation de la validité d'une demande de reprise des relations contractuelles.

⁷⁷⁶ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans le droit administratif*, Thèse, Ed. Panthéon Assas. 2001
J. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, Thèse, Ed. Panthéon Assas, 2008.

⁷⁷⁷ Par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018, entrés en vigueur le 1er avril 2019. A ce sujet, nous renvoyons à G. STOPPANI, *Il nuovo 'code de la commande publique' : quel (tanto) che resta della specialità francese in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*.

considérablement le régime de la concession, contrat administratif de la commande publique, bipartite en marchés publics et contrats de concession⁷⁷⁸.

En effet, la législation consacre le régime du contrat administratif dans le titre préliminaire et a également le mérite de détailler les règles relatives non seulement à la passation du contrat, mais aussi à l'exécution des concessions, qui étaient jusqu'alors indiquées par la jurisprudence et qui confèrent au contrat son identité spécifique⁷⁷⁹. Ce n'est pas pour rien que la doctrine a considéré en ce sens que " les dispositions des directives dédiées à l'exécution des marchés publics et des concessions constituent l'une des principales innovations de cette réforme "⁷⁸⁰.

Dans cette nouvelle discipline, le service public est présent dans le titre préliminaire, où s'opère la codification des principes généraux et de la catégorie du contrat administratif⁷⁸¹. En particulier, lorsque le contrat administratif (qu'il s'agisse d'une concession ou d'un contrat) intervient pour la gestion d'un service public, il doit respecter le principe de continuité⁷⁸².

⁷⁷⁸ Voir R. de MOUSTIER - J. BENZAKKI, *Le régime d'exécution des concessions de services sans service public*, Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2020, étude 5.

⁷⁷⁹ Sur le sujet, S. BRACONNIER et S. MESLIN, *Contrats de concession*, dossier 11, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2019.

⁷⁸⁰ Voir H. HOEPFFNER, *L'exécution des marchés publics et des concessions saisies par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique*, Contrats-Marchés publics 2014, dossier 6. - Voir également S. BRACONNIER, *Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions - Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions*, JCP G 2014, doct. 596 : " la grande nouveauté des directives réside dans le fait que, après la Cour de justice, elles assument pleinement leur mise en œuvre ".

⁷⁸¹ En effet, l'article 6 du CCP définit le contrat administratif, son régime et contient une spécification pour les contrats (*pas les concessions*) qui ont pour objet un service public. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. A ce titre : 1° 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 ; 2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public ; 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; 4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ; 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

⁷⁸² Voir l'article 6 du CCP, paragraphe 2.

Cette disposition pose à nouveau la question de la coexistence entre un cadre réglementaire fondé sur la libre concurrence et la théorie générale du contrat administratif, basée sur les principes et les lois du service public.

Le contrat administratif est en effet étroitement lié aux règles spécifiques du service public : c'est précisément le régime spécial du contrat administratif, qui le distingue du contrat civil, qui a été justifié en raison des pouvoirs d'autorité à la tête de l'administration, exorbitants du droit commun, qui peuvent naître dans l'exécution du contrat administratif (c'est-à-dire ceux de résiliation⁷⁸³ et de modification unilatérale). Ils sont justifiés et trouvent leur origine précisément dans les lois relatives au service public, et deviennent dans le Code caractéristique de tous les contrats administratifs, ou plutôt de tous les contrats de la *commande publique* qui sont administratifs, c'est-à-dire conclus par des personnes morales de droit public.

Or, selon une partie de la doctrine, on assiste à la déspecialisation par la jurisprudence des règles d'exécution propres au service public, ainsi qu'à la " banalisation du service public " par l'Union européenne⁷⁸⁴, qui conduit à distinguer non seulement la délégation de service public de la concession de service, mais aussi l'exécution des concessions de service public de l'exécution des concessions de service.

En ce qui concerne les règles communes aux concessions de services simples et aux concessions de services publics, de manière générale, la tendance de la jurisprudence et des textes est d'étendre les règles d'exécution des délégations de service public aux

⁷⁸³ Voir CE n° 430864 du 10 juillet 2020, selon lequel, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, le cocontractant public peut toujours résilier unilatéralement un tel contrat pour des raisons d'intérêt public, sans préjudice des droits à indemnisation du cocontractant. A noter que le système français ne fait pas référence au terme de révocation, révocation pour contrat administratif. Dans le cas particulier d'un contrat affecté d'un vice si grave que, s'il était soumis au juge des contrats, celui-ci pourrait en prononcer la nullité ou le résilier, la collectivité publique peut, dans le respect de l'équité des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans le soumettre préalablement au juge. Après une telle résiliation unilatérale décidée pour ce motif par la collectivité publique, le cocontractant peut, à titre quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, demander le remboursement des dépenses utiles à la collectivité auprès de laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sans préjudice du partage de responsabilité résultant de sa propre faute, demander la réparation du préjudice imputable à la faute de l'administration. Lorsqu'une demande est introduite sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué est certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice.

⁷⁸⁴ Pour approfondir les thèmes de la *banalisation de l'action publique* et *specialisation du droit public*, voir C.-A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, P.U.F., 2022.

contrats administratifs, d'où leur application probable aux concessions de services simples. Dans le Code, certaines de ces règles sont codifiées et d'autres sont comprises de manière générique comme des "règles générales applicables aux contrats administratifs".

Un exemple est le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat, qui a maintenant été codifié comme un principe général, dérivé du principe de mutabilité du service public, et donc même les concessions de services "simples" peuvent être modifiées unilatéralement.

Toujours au moment de l'exécution, le pouvoir de contrôle et de direction, qui était auparavant la prérogative du seul service public, est désormais codifié comme applicable à tous les contrats administratifs. Ce qui est déterminant, cependant, c'est le contrat et la volonté des parties : si ce pouvoir n'est pas prévu dans le contrat, il ne peut être exercé. Par ailleurs, l'art. L. 6 du CCP prévoit que " le pouvoir adjudicateur peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans remettre en cause l'équilibre du contrat ". A cette limitation de l'équilibre du contrat s'ajoute l'obligation d'indemnisation.

En revanche, la comparaison du CCP avec les différents *Cahiers des Clauses Administratives Générales* (CCAG) montre que l'administration dispose de pouvoirs de contrôle encore plus étendus dans les marchés publics que dans les concessions, ou du moins qu'ils sont équivalents, puisque le titre préliminaire du Code ne fait pas de distinction entre les principes applicables aux marchés publics et ceux des concessions. La théorie de l'imprévisibilité, qui trouve son origine dans les exigences du service public, est non seulement applicable à tous les contrats administratifs, mais a même été transposée dans le code civil.

La différence se situe donc au niveau du contenu contractuel : les concessions de services "simples" peuvent prévoir un champ de contrôle plus large de l'administration que les concessions de services publics, bien que dans les deux cas il y ait un transfert de risque et une priorité donnée à la liberté contractuelle.

Enfin, le CCP laisse les parties libres de déterminer la durée du contrat de concession "en fonction de la nature et de l'importance des prestations ou des investissements

requis du concessionnaire"⁷⁸⁵, qui est ainsi définie indépendamment de l'objet du contrat et de l'existence ou non d'un service public⁷⁸⁶.

Il existe également des règles communes aux deux concessions et non codifiées dans le CCP qui s'appliquent aux concessions pour la fourniture d'un service. C'est le cas de la discipline de la *mise en régie*⁷⁸⁷. En outre, la résiliation unilatérale du contrat, qui trouve son origine dans la jurisprudence sur la base de l'intérêt général du service public⁷⁸⁸ est désormais également codifiée⁷⁸⁹. Le Code prévoit également d'autres cas de résiliation qui, comme la modification unilatérale, sont indifférents à la présence ou à l'absence du service public⁷⁹⁰.

Après l'exécution, le pouvoir de contrôle et de direction est généralement codifié comme une règle générale applicable aux contrats administratifs⁷⁹¹. Selon une partie de la doctrine, ce pouvoir est un accessoire des concessions simples et des concessions de service public, un pouvoir qui doit être prévu et limité dans le contrat pour que l'administration puisse en faire usage⁷⁹².

En théorie, l'exécution de concessions simples ne présente donc aucune forme d'originalité par rapport aux concessions de service public.

Historiquement, précisément pour le service public, la doctrine a entériné la possibilité pour l'administration d'exercer un tel pouvoir de contrôle.⁷⁹³ En pratique, il peut y avoir

⁷⁸⁵ Ainsi l'art. L. 3114-7 CCP.

⁷⁸⁶ Ainsi, les articles R. 3114-1 et R. 3114-2 du CCP.

⁷⁸⁷ En effet, déjà Odent dans ses conclusions à l'arrêt Ville de Toulouse, écrit que "les décisions prononçant la saisie ou la gérance sont légales dans la mesure où elles sont indispensables pour assurer la continuité du service en cas d'administration des marchés publics, malgré l'absence du service public, en prévoyant que "Si le titulaire n'a pas obtempéré à la mise en demeure, la poursuite des travaux peut être ordonnée, à ses frais et risques".

⁷⁸⁸ Voir CE, abs., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval ; CE, abs., 2 février 1987, StéTV6.

⁷⁸⁹ Ainsi, les articles L.6 et L.3136-3 du CCP.

⁷⁹⁰ L. 3136-1 à L. 3136-6 CCP le prévoient.

⁷⁹¹ L'article L. 6 du CCP prévoit également que " Le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle sur l'exécution du marché dans les conditions prévues par le présent code, par les dispositions particulières ou par le contrat.

⁷⁹² Voir les conclusions du DACOSTA à la CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788, Cne Douai in Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 41 et 42, note de G. Eckert ; Contrats-Marchés publ. 2013, étude7, F. Llorens.

⁷⁹³ Comme analysé, quoique brièvement, dans le premier chapitre, selon G. Jeze " l'administration a nécessairement le devoir et le droit d'exercer un contrôle car la concession ne peut être un obstacle au bon fonctionnement du service public ", *Les contrats administratifs*, t. II, 1932, p. 365 et suivantes. Pour G. Pequignot, " ce droit découle moins d'une idée contractuelle que d'une 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

des différences dans l'intensité de l'exercice du pouvoir de contrôle selon que le contractant concède ou non la gestion d'un service public. C'est ce qui ressort de la comparaison entre les textes des différents CCAG et le code des marchés publics, où il apparaît clairement que l'administration dispose de pouvoirs plus étendus en matière de marchés publics que de délégations de service public, certains auteurs parlant d'une " spécialisation très nette " ⁷⁹⁴. Il n'est donc pas exclu que de simples concessions de services puissent donner à l'administration des pouvoirs de contrôle plus importants que dans le cas du service public, même si, dans les deux cas, il y aura un transfert de risque et que la priorité sera donnée à la liberté contractuelle ⁷⁹⁵.

Outre ces prérogatives, il convient de noter la codification de la théorie de l'imprévisibilité qui trouve son origine dans le service public (la fonction publique) et s'applique désormais à tous les contrats publics ⁷⁹⁶. La doctrine a fait remarquer que cette théorie est en fait la descendante du principe de droit civil *pacta sunt servanda* ⁷⁹⁷.

entrepreneur ordinaire de faire inscrire le service dans son contrat ; car ici, si deux intérêts s'opposent, l'un d'eux est l'intérêt public que l'administration poursuit seule, et qui, devant prévaloir sur les intérêts privés, donne à l'administration des pouvoirs exorbitants sur son cocontractant ", G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945, p. 306 et suivantes.

⁷⁹⁴ Ainsi 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.

⁷⁹⁵ Cf. CAA de Marseille, 25 octobre 2021, n° 19MA03215, Synd. mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance : l'arrêt fait application des clauses d'un contrat de concession entre personnes publiques qui autorisent le cocontractant à le résilier unilatéralement, et précise les modalités de détermination de l'indemnité de résiliation dans le cas où les biens de retour n'ont pas fait l'objet d'un amortissement comptable. L'affaire illustre les particularités des contrats entre personnes publiques, qu'il s'agisse de l'impact des règles de la comptabilité publique ou des prérogatives exorbitantes retenues par les contractants. L'arrêt illustre les particularités des contrats de marchés publics lorsqu'ils sont conclus entre personnes publiques. Ainsi, leur conclusion doit être entourée de précautions particulières lorsqu'une personne publique s'applique (CE, abs., 30 déc. 2014, n° 355563, Sté Armor SNC : JurisData n° 2014-032080 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 36, note L. de FOURNOUX ; BJCP 2015, p. 92, concl. B. DACOSTA ; Dr. adm. 2015, comm. 27, obs. F. BRENET). On peut dire la même chose de l'application de ces accords.

⁷⁹⁶ Ainsi l'art L. 6 co. 3 CCP. Voir CE, 30 mars 2016, n° 59928, Gaz de Bordeaux. En doctrine F. BRENET, *Le service public dans le code de la commande publique*, CDE 2019, dossier 36. Cependant, il faut reconnaître qu'il existe un vif débat dans la littérature sur les véritables origines et justifications de la théorie de l'imprévisibilité qui, en tant que telle, n'est pas exclusive aux contrats sans service public.

⁷⁹⁷ Voir en particulier B. PLESSIX, *Droit administratif général*, op. cit. p. 1238, qui, tout en rappelant que la théorie de l'imprévision a été " construite *ex novo pour les concessions*, au nom de la continuité du service public ", soutient plus généralement que la théorie générale des contrats administratifs n'est pas l'unique héritière du régime des concessions, car elle repose aussi, au moins en partie, sur la commune intention des parties et le respect de la parole donnée. De sorte que "le prétendu fondement

Un lien important entre le contrat administratif, le service public et les contrats de droit civil est précisément la théorie de l'imprévisibilité, qui est désormais également applicable aux contrats du code civil⁷⁹⁸.

Si la continuité du service public semble être un objectif spécifique des contrats de service public administratif, le fondement est en réalité commun aux contrats de droit privé : garantir ex post l'optimum économique envisagé ex ante, même au prix d'une renégociation du contrat.

En outre, le Code des marchés publics laisse aux parties la liberté de déterminer la durée de la concession " en fonction de la nature et de l'importance des prestations ou des investissements requis du concessionnaire "⁷⁹⁹, définie indépendamment de l'objet du contrat et donc de l'existence ou non d'un service public⁸⁰⁰. L'exécution financière du contrat n'échappe pas à l'harmonisation européenne et à l'harmonisation entre les lois⁸⁰¹.

Outre les règles juridiques codifiées, certains principes sont encore absents⁸⁰², mais ils s'appliquent aux concessions, qu'elles aient ou non pour objet l'exécution d'un service

de la continuité du service public est davantage une construction intellectuelle destinée à résoudre le problème spécifique de la survie économique du système concessionnaire". Voir également C. PREBISSY-SCHNALL, *Droit Administratif*, fasc. 639, Exécution du marché : " Si la théorie de l'imprévisibilité est née du souci de répondre aux exigences du principe de continuité du service public, notamment dans le cas des concessions de service public, elle a vocation à s'appliquer également aux marchés publics ". En effet, "la bonne exécution des contrats dont la durée d'exécution est longue, tels que les grands travaux ou les marchés de fournitures, est nécessaire au fonctionnement continu des services publics".

⁷⁹⁸ C'est ce que prévoit l'article 1195 du code civil. En matière de doctrine, voir B. PLESSIX, *De Craponne à Bordeaux*, Dr. adm. 2016, repère 5, qui relève que " si la continuité du service public semble être un objectif spécifique des contrats administratifs de service public, le fondement est en réalité commun : garantir ex post l'optimum économique envisagé ex ante, quitte à renégocier le contrat".

⁷⁹⁹ Ainsi en est-il de l'art. L 3114-7 du CCP.

⁸⁰⁰ En effet, elle est énoncée dans le CCP, Art. R3114-1 et R3114-2. Voir en doctrine S. NICINSKI, *La délégation de service public et le temps*, AJDA, 2013, p. 1441, selon lequel " le délégataire a voulu inventer l'éternité, le délégant lui a rappelé le temps ".

⁸⁰¹ Qu'il s'agisse d'une disposition fixant un délai de paiement de 30 jours, ou du quantum des intérêts de retard, d'une indemnité forfaitaire et supplémentaire en cas de retard de paiement par l'autorité concédante, ou d'une sanction administrative pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros en cas de retard de paiement par une entreprise publique (CCP, art.).

⁸⁰² Ainsi 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.

public⁸⁰³. Ces règles communes aux concessions sont la *mise en régie* et le *fait du prince*. La *mise en régie* permet au concédant de compenser l'absence d'entrepreneur en reprenant le service en interne ou auprès d'un tiers au coût de l'entrepreneur investisseur privé initial⁸⁰⁴. En ce sens, cette possibilité découle directement du principe de continuité du service public et permet d'éviter une fin anticipée de la relation contractuelle⁸⁰⁵.

Comme prévu, ce principe général avait déjà été remis en cause par la jurisprudence antérieure au Code⁸⁰⁶, mais l'article 48 des *Travaux du CCAG* prévoyait déjà l'exercice de ce pouvoir pour les marchés publics, malgré l'absence de service public⁸⁰⁷. La jurisprudence a donc étendu et complété ce pouvoir à un niveau général pour tous les contrats administratifs⁸⁰⁸. Le Conseil d'État a jugé qu'" il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs qu'une personne publique qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter des prestations qu'il s'était engagé à exécuter

⁸⁰³ C'est ce qui conduira certains auteurs à constater que la codification opérée par la rédaction du Code de la *commande publique* est incomplète. Voir C. MAUGÜE, *La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jus-qu'ou ?*, RFDA 2019, p. 213. P. BOURDON, *Le Code de la commande publique : une codification à droit quasi constant*, AJDA 2020, p. 149.

⁸⁰⁴ Ainsi, R. CHAPUS rappelle qu'elle vise "autant à sanctionner qu'à surmonter le comportement gravement irrégulier du contractant", in *Droit administratif général*, t. 1 : Montchrestien, 15e éd., p. 1204.

⁸⁰⁵ Voir P. 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 considérée comme l'un des outils les plus sûrs dont disposait 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 généralisée de sanctions coercitives aux contrats administratifs pour assurer le bon fonctionnement des services publics ".

⁸⁰⁶ Ainsi ODENT, dans ses conclusions sur la décision concernant la ville de Toulouse, écrit même que " les décisions prononçant la saisie ou la régie sont légales dans la mesure où elles sont indispensables pour assurer la continuité du service en cas de faillite, d'insuffisance ou d'incapacité du concessionnaire " DP 1945, p. 104. - Voir aussi CE, 8 avril 1959, Sté industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme. - CE, 26 novembre 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) avait déjà établi en 1921 que l'interruption du fonctionnement du service public " était de nature à autoriser la ville, pour assurer la continuation du service public [...] à prendre possession, comme elle l'a fait, des installations nécessaires au service et à en assurer la gestion autonome ".

⁸⁰⁷ En effet, "Si le titulaire n'a pas déferé à la mise en demeure, la poursuite des travaux peut être ordonnée, à ses frais et risques" art. 48.

⁸⁰⁸ Ceci a été établi en référence aux marchés publics dans l'arrêt "Fosmaxet", notamment pour les concessions de services "simples" dans l'arrêt Société de manutention portuaire d'Aquitaine.

selon les termes du contrat, a la possibilité de les faire exécuter, aux frais et risques du cocontractant privé, notamment par une entreprise tierce "⁸⁰⁹.

Une compétence nécessaire à la continuité du service public a ainsi été étendue à tous les contrats administratifs, sans qu'il soit nécessaire de le préciser explicitement dans le code. En ce sens, il semble que l'on se dirige vers une mutualisation des règles d'exécution des concessions, même si certaines spécificités demeurent. Certaines règles ne sont pas transversales, mais dépendent de la présence d'un service public. Il y a donc nécessairement un vide de règles inhérent à l'existence d'un service public qui s'éloigne du particularisme très relatif des simples concessions de services, qu'il s'agisse du sort des biens en fin de contrat, du régime juridique de la sous-traitance, ou, plus généralement, des règles nécessitant un rééquilibrage important des relations contractuelles.

Par exemple, le sort des biens en fin de contrat est laissé à l'autonomie contractuelle, alors qu'en principe le régime des biens dits de retour est indissociable de la fourniture d'un service public⁸¹⁰.

Ainsi, "les règles dont l'application est liée à l'existence d'un service public restent limitées aux concessions ayant pour objet ce service public", notamment les "biens de retour"⁸¹¹. De même, d'autres auteurs considèrent que " la concession de service public est soumise à des règles jurisprudentielles spécifiques qui se justifient par son objet

⁸⁰⁹ Ainsi F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Concessions de services - À propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de services*, Contrats-Marchés publ. 2017, répère 4, selon lequel " il semblerait en effet logique que les règles, dont l'application est liée à l'existence d'un service public, restent cantonnées aux seules concessions ayant pour objet ce service ". Toutefois, en y regardant de plus près, il n'est pas certain que ces règles soient nombreuses.

⁸¹⁰ Le jugement de la commune de Douai ne pouvait concerner que les concessions de services publics ou de travaux publics non dépourvus d'objet de service public. Dans ses conclusions, B. DACOSTA ne se réfère qu'aux contrats " qui mettent à la charge du partenaire de l'administration la responsabilité du financement et de la réalisation des travaux qui constitueront la base du service délégué [...] ce qui inclut les concessions de travaux publics [...] lorsqu'elles comportent une composante de service ". Certains auteurs font également référence au régime des retours de marchandises pour illustrer la spécificité des concessions de services "simples".

⁸¹¹ Sur ce point, voir F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *À propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de service*, Contrats-Marchés publ. 2017, répère 4.

(théorie des *biens de retour*⁸¹²) ". Selon la même logique, l'objet d'un casino est lié au service public, sans lequel la qualification de biens de retour serait exclue⁸¹³.

Confirmant la jurisprudence de la commune de Douai, la loi a limité la théorie des biens de retour au service public, puisque seuls les biens " résultant des investissements du concessionnaire et nécessaires au fonctionnement du service public " sont des *biens de retour*⁸¹⁴. Par ailleurs, en l'absence de service public, le régime des biens de retour ne peut s'appliquer, même indirectement si, par exemple, ils sont l'instrument d'un service public : c'est l'objet de la concession qui doit être un service public⁸¹⁵. Il sera donc possible pour les parties de se mettre d'accord sur la destination finale des biens dans le cas d'une concession de services sans service public. Dans ce cas, le juge interprétera les règles du contrat, ou l'intention des parties, comme dans le régime de droit civil.

Une autre conséquence de l'absence de service public est que la concession de service simple implique rarement l'occupation du domaine public, malgré la teneur littérale du Code⁸¹⁶. Si la qualité d'État peut découler de l'utilisation directe du domaine public, il est probable que l'exécution d'un simple service non public ne sera pas en accès libre et ne constituera donc pas une dépendance du domaine public. Dans ce cas, non seulement le contrat ne comportera pas d'autorisation d'occupation du domaine public, mais le contrat de sous-traitance conclu par le concessionnaire sur le domaine public

⁸¹² Voir F. BRENET, *Le service public dans le Code de la commande publique*, CDE 2019, dossier 36 ; F. LLORENS, *La théorie des biens de retour après l'arrêt " Commune de Douai "*, Contrats-Marchés publ. 2013, étude 3.

⁸¹³ Dans l'arrêt *Commune de la Trinité-sur-Mer*, le rapporteur public R. VICTOR a lié l'objet du contrat de gestion d'un casino à la gestion d'un service public, sans quoi il aurait certainement écarté la qualification de biens de retour.

⁸¹⁴ C'est ce que prévoit l'art. L. 3132-4 CCP.

⁸¹⁵ C'est l'approche adoptée par le Conseil d'État dans l'affaire de la commune de la Trinité-sur-Mer concernant les constructions d'un casino, alors même que ce type de contrat n'a pour objet d'exécuter un service public que de manière indirecte et, à tout le moins, discutable. Voir en ce sens CE 19 mars 2012 n°341562, SA Groupe Partouche n°2012-004939 qui juge que " si ces jeux de casino ne constituent pas, en soi, une activité de service public, les conventions à conclure pour leur installation et leur exploitation, dans la mesure où 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 d'une *délégation de service public* ". En doctrine, G. ECKERT, *Pourquoi une concession est-elle une délégation de service public ?* Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 157.

⁸¹⁶ L'article L.3132-1 CCP précise que " Lorsque le contrat de concession porte sur l'occupation du domaine public, il constitue une autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

sera un contrat de droit privé⁸¹⁷. En revanche, même dans l'hypothèse où un terrain appartient au domaine public, lorsque l'utilisation du domaine public est directe, la jurisprudence *Steeple-chases de France*⁸¹⁸, Gilles⁸¹⁹ et récemment *Société Total Marketing France*, impose au concessionnaire d'être un délégataire de service public⁸²⁰. Il n'est pas totalement exclu qu'à l'avenir la jurisprudence réinterprète la lettre de l'article L. 2131-1, dans la mesure où la notion de concessionnaire peut désigner aussi bien le concessionnaire d'un simple service que celui d'un service public⁸²¹. En l'absence de service public, l'extension du régime du domaine public n'est pas nécessaire aujourd'hui.

Récemment, les règles ont conduit à un léger rééquilibrage des relations contractuelles. Il apparaît que l'absence de service public peut conduire à un rééquilibrage du contrat en faveur du contractant privé, sauf si les parties en ont décidé autrement en insérant des clauses plus restrictives. Tout au plus, l'absence de service public aura tendance à entraîner une plus grande liberté contractuelle, atténuée par l'absence de principes de service public. Cependant, ces principes semblent désormais intégrés dans la catégorie générale des contrats publics, mais certaines règles jurisprudentielles qui ne s'appliquent pas en l'absence de service public restent en dehors⁸²². Ce sont les conséquences pratiques du respect des principes d'égalité, de mutabilité et surtout de continuité du service public⁸²³.

⁸¹⁷ Comme le rappelle la doctrine, Ph. YOLKA, Application de la jurisprudence "Société des Steeple-chases de France" : un obstacle imprévu : JCP A 2017, 2223 : " la présence ou l'absence d'une délégation de service public en " premier rideau " conditionne la nature du contrat de " second degré ".

⁸¹⁸ Cf. T. confl., 10 juill. 1956, *Sté des Steeple-chases de France* : Lebon, p. 587.

⁸¹⁹ Voir T. confl., 14 mai 2012, n° 3836, Gilles ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 223, note de G. Eckert.

⁸²⁰ Conformément à l'article L.2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

⁸²¹ Déjà critiqué par la doctrine. Voir notamment 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 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. Sur le sujet également B. PLESSIX, *Les sous-concessions domaniales : territoire d'un contentieux*, in Mél. RICHER : LGDJ, 2013, p. 247.

⁸²² C.A. DUBREUIL, Plaidoyer pour une simplification de l'opération de qualification du contrat administratif, in *Spicilegium Juris Politici, Mélanges offerts à Philippe Lauvaux, T. Pasquie-Briand (dir.)* Editions Panthéon-Assas, 2021, p. 433-450.

⁸²³ Ce dernier principe est expressément énoncé à l'article L. 6 du code : " Les contrats de prestation de service public doivent respecter le principe de continuité du service public.

Contrairement aux concessions de service public, les parties peuvent stipuler contractuellement que le contractant peut résilier le contrat en cas de violation du contrat par l'administration, comme le consacre la jurisprudence de la Société Grenke Location. De même, la règle selon laquelle, en cas de résiliation du contrat, "l'organisme public, qui est chargé d'assurer la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue automatiquement à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou d'autres tiers pour l'exécution du service lui-même", c'est-à-dire le régime du service public, ne s'appliquera pas⁸²⁴.

En outre, la jurisprudence Altmark ne devrait même pas être appliquée, car elle est directement liée aux "obligations de service public". La Cour de justice de l'Union européenne a exclu de la qualification d'aide d'État les aides destinées à compenser les obligations de service public auxquelles une entreprise peut être soumise. La première condition pour bénéficier de cette exonération est que l'entreprise bénéficiaire soit "chargée de l'exécution d'obligations de service public". En outre, les États membres jouissant d'une très large marge d'appréciation sur ce point, il est très probable qu'en pratique, l'absence d'obligations de service public signifie que cette jurisprudence ne s'appliquera pas. Toutefois, la marge laissée aux États membres n'exclut pas la possibilité pour la Commission et les juridictions européennes, " en ce qui concerne la définition du service public [...] de vérifier s'il y a ou non une erreur manifeste ". Dans ce cas, certaines concessions peuvent être requalifiées en concessions simples et, à ce titre, ne pas bénéficier du régime favorable du service public, à condition que l'État membre ait commis une erreur manifeste⁸²⁵.

Outre ces principes, le Code des marchés publics tend également à prévoir un niveau d'information du concessionnaire un peu moins élevé que dans le cas d'un service public. En effet, le Code impose à l'autorité l'obligation de communiquer les données essentielles du contrat de concession⁸²⁶, mais précise que " lorsque la gestion d'un

⁸²⁴ Sur ce point, la CJUE rappelle que cette première condition implique de vérifier si " d'une part, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et, d'autre part, si ces obligations sont clairement définies par le droit national " (CJUE, 20 décembre 2017, Affaire C-66/16 P, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commission européenne, § 71).

⁸²⁵ En effet, les États membres doivent fournir une " définition claire du service en question en tant que SIEG " (CJUE, 20 décembre 2017, affaire C-66/16 P, Comunidad Autónoma del País Vasco e.a./Commission européenne, précité, § 73-76.

⁸²⁶ C'est ce que prévoit l'art. L. 3131-1 CCP.

service public est concédée, il appartient au concessionnaire de fournir les données " à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution"⁸²⁷. En outre, si le code impose à tous les concessionnaires l'obligation de soumettre un rapport annuel à l'autorité concédante, il prévoit également des obligations supplémentaires "lorsque la gestion d'un service public est concédée"⁸²⁸.

Dans ce cas, le concessionnaire est tenu d'établir un compte de la situation des biens et des immobilisations nécessaires à l'exploitation du service public concédé"⁸²⁹, ce qui se justifie par le transfert gratuit en fin de contrat des biens de retour.

C'est donc dans le contrat administratif que les contrats publics trouvent leur synthèse⁸³⁰.

6. LES EFFETS EUROPEENS SUR LE SERVICE PUBLIC A LA FRANÇAISE, UN PRINCIPE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Le service public est toujours au cœur de l'ordre administratif français, bien qu'il ait subi de nombreuses transformations au fil du temps⁸³¹. Certains auteurs parlent du service public comme d'un phénix, d'un Lazare⁸³² ; d'autres évoquent périodiquement une "revalorisation" de la notion de service public⁸³³.

⁸²⁷ Ainsi l'art. L. 3132-2 CCP.

⁸²⁸ C'est ce que prévoit l'art. R.3131-4 CCP.

⁸²⁹ Ainsi l'art. R. 3131-1 CCP.

⁸³⁰ Le code des transports prévoit que les contrats conclus par SNCF Réseau en application du code des marchés publics sont des contrats administratifs, même si cette entité est désormais une personne morale de droit privé. Le tribunal administratif est compétent pour statuer sur un litige relatif à la passation d'un accord-cadre par la SNCF pour le compte de SNCF Réseau. T. confl., 13 septembre 2021, n° 4224, Sté Cadres en mission c. Sté SNCF.

⁸³¹ Si tous les quarante ans, le service public connaît une crise, un déclin, des vicissitudes, elles sont suivies peu après d'une incroyable reprise, B. PLESSIX, *L'éternelle jouvence du service public*, J.C.P., A., 2005, p. 1350.

⁸³² Ainsi R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? convalescence ? ou jouvence ?* EDCE, 1960, p. 67 ; voir aussi D. TRUCHET, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public*, AJDA 1982, p. 427.

⁸³³ Dont A. de LAUBADÈRE, *Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français*, AJDA 1961, p. 591.

La notion de service public a traversé une crise, comme on le sait, dans les années 1950, au début des années 1990, en 2005 et plus récemment avec l'entrée en vigueur du dernier code des marchés publics.

La construction communautaire, la puissance des idées néo-libérales et la mondialisation de l'économie publique semblent avoir fait disparaître la notion de service public à la française, au profit des nouveaux concepts de service d'intérêt économique général et de service universel, qui, sans être si éloignés les uns des autres, semblent traduire le passage de la logique de la mission de service public et de ses corollaires à une logique d'obligations de service soumises au principe de libre concurrence.

Si, comme nous l'avons analysé dans le premier chapitre, dans les années 1950, la crise consistait à circonscrire la relation entre le service public et le contrat administratif, au début du nouveau siècle, les directives de 2004 ont conduit à de nombreuses privatisations d'entreprises de service public. Certains auteurs⁸³⁴, tout en reconnaissant le rôle croissant du droit public économique, réaffirment la valeur durable du service public en raison de deux observations en particulier. D'une part, la croyance selon laquelle le droit communautaire ne s'intéressait qu'à l'approche fonctionnelle, centrée sur l'activité économique, a conduit à l'inverse : le droit communautaire n'impose pas en fait la privatisation, ni la séparation des activités administratives des activités économiques. Ainsi, le législateur français a transformé les entreprises publiques en établissements publics industriels et commerciaux, rappelant ainsi la structure des SPIC - avec tout ce que cela implique en termes de régime et de compétence - mais les a dotés d'un régime juridique propre aux " missions " de service public. Les entreprises elles-mêmes sont organisées selon les concepts de travaux publics, de quasi-publicité et d'insaisissabilité de certains actifs, rétablissant ainsi la fonction de service public dans la pratique⁸³⁵.

En second lieu, c'est la référence au service public qui réintroduit l'idée de droit dans le régime des activités économiques d'intérêt général, dont la réglementation est en fait

⁸³⁴ Plus récemment, B. PLESSIX, *Le droit public, Que sais-je ?*, 2022.

⁸³⁵ C'était le cas pour France Télécom, d'EDF, d'ADP, Aéroports de Paris dans le cadre de la loi du 20 avril 2005.

technique. Le service public, en revanche, est un droit, avec son propre régime juridique, ses règles (continuité) et ses prérogatives (insaisissabilité)⁸³⁶.

Pour preuve, dans la dernière version du code des marchés publics, dans le titre préliminaire, à côté des principes généraux, l'obligation de respecter le principe de mutabilité est consacrée dans le cas où le contrat administratif, qu'il s'agisse d'un marché ou d'une concession, concerne un service public ; et s'il est vrai qu'il n'y a pas de référence à la concession de service public, il y a tout de même une référence à la *délégation de service public*, à laquelle une large place est consacrée dans le code des collectivités locales.

Enfin, l'éternel rajeunissement du service public est renforcé par la dernière loi⁸³⁷, puisque " la République assure l'égalité des usagers devant le service public et veille au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. " De plus, "*les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à tous les services publics, y compris ceux fournis par des entités de droit privé*"⁸³⁸.

Dans un contexte où la neutralité du service public et l'esprit d'universalisme sur lequel il repose sont parfois contestés, cette référence normative et symbolique est très utile, comme l'a indiqué le *Conseil d'État*⁸³⁹. D'autant plus que ce rappel s'accompagne de l'introduction d'obligations positives, notamment à l'égard des parties aux contrats d'ordre public qui ont "pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public". Mais plus encore, l'article 1er introduit des obligations positives pour l'autorité délégante, qui se veut garante du respect des principes de neutralité et de laïcité de la part de son délégataire et des personnes qui l'assistent dans l'exercice du service public. Cela conduit le législateur à encadrer le contenu du contrat public, qu'il s'agisse d'un marché ou d'une concession, en stipulant que " ses clauses [...] rappeler ces obligations et préciser les modalités de contrôle et de sanction du contractant", alors que la

⁸³⁶ La conception objective du service public à la française, auparavant incarnée par le statut " légal et réglementaire " de l'usager, B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2e éd., 2018, notamment § 695, p. 719 et 724.

⁸³⁷ Voir art. 1 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021.

⁸³⁸ Ibid. Sur le principe de laïcité et le service public, voir J. RIVERO, *De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative*, La laïcité : PUF, 1960, p. 263. En France, la variété des confessions religieuses a conduit plusieurs fois à l'application de ce principe, un cas fréquent étant le service de cantine des écoles publiques : C. ROUX, *Les nouvelles " tables " du service public - À propos des cantines scolaires*, Droit Administratif n° 2, Février 2019, alerte 17.

⁸³⁹ Voir CE, avis, 3 décembre 2020, n° 401549, n° 13.

réglementation du contenu des contrats de concession reste traditionnellement limitée⁸⁴⁰. Il est encore plus rare d'exiger l'adaptation du contenu des contrats en cours ; cependant, la loi exige que ces contrats soient "modifiés dans la mesure nécessaire pour se conformer aux obligations mentionnées"⁸⁴¹. Son champ d'application est, en effet, relativement large, puisqu'il inclut tous les contrats de marchés publics qui ont "pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public", à l'exception de ceux "dont la durée intervient au cours des dix-huit mois suivant la publication de la présente loi". Il s'agit principalement des concessions et des délégations de service public, mais aussi des marchés publics qui délèguent la gestion d'un service public ou des concessions et contrats qui n'ont pour objet que secondairement l'exécution d'un service public, quel que soit leur objet principal. Les autorités délégantes doivent veiller à ce que *tous les acteurs du service public "traitent toutes les personnes de manière égale et respectent leur liberté de conscience et leur dignité"*. C'est la condition d'un service public fondé sur le respect des valeurs de la République et la solidarité entre les individus.

L'un des corollaires du service public, le principe de mutabilité et d'adaptabilité⁸⁴², est également réaffirmé en matière d'adaptation des services aux besoins environnementaux⁸⁴³ : la loi du 22 août 2021 relative à la lutte contre le changement climatique et au renforcement de la résilience face à ses effets établit l'obligation de prendre en compte les considérations environnementales à toutes les étapes du processus de passation, de la définition et de la formalisation du besoin à l'examen des offres, en passant par le contenu du marché.

Parmi les motifs d'exclusion de la procédure de passation à la discrétion de l'acheteur, la loi précitée prévoit une possibilité d'exclusion pour les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du code de commerce qui ne respectent pas l'obligation d'établir un plan de développement durable pour l'année précédant celle de la publication de l'appel d'offres ou du lancement de la consultation⁸⁴⁴. La même possibilité est introduite pour

⁸⁴⁰ Voir notamment le CCP, art. L. 3114-1 et suivants.

⁸⁴¹ Ainsi encore l'article 1 de la loi du 24 août 2021.

⁸⁴² C. comptes, " L'accès aux services publics dans les territoires ruraux ", enquête demandée par le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, mars 2019.

⁸⁴³ Ainsi C. ROUX, *L'environnementalisation du droit. Études en l'honneur de Sylvie Caudal*, Fondations Varenne, Colloques & essais, 2019.

⁸⁴⁴ Ainsi dans le CCP, article L. 2141-7-1.

les concessions⁸⁴⁵, en précisant que, dans les deux cas, " cette contrepartie ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution du service ".

En lien avec l'adoption de la résolution du Parlement européen⁸⁴⁶, l'ajout de ce nouveau motif d'exclusion vise à renforcer la prise en compte du développement durable dans les marchés publics en permettant à l'acheteur ou au pouvoir adjudicateur de rejeter la candidature d'une entreprise qui ne respecte pas ses obligations de transparence sur les actions entreprises en matière de prévention des risques sociaux et environnementaux dans le cadre de son activité.

A l'issue de la phase d'appel d'offres, on sait qu'un marché public doit être attribué au soumissionnaire qui a présenté "l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs et précis liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution". Parmi ces critères, la loi du 22 août 2021 innove en exigeant qu'au moins l'un d'entre eux prenne en compte " *les caractéristiques environnementales de l'offre* "⁸⁴⁷. Pour les concessions, la même exigence est formulée pour la caractérisation de la meilleure offre en termes d'avantage économique global pour l'autorité concédante⁸⁴⁸. Cela prouve l'importance continue du *service public à la française* et sa capacité d'adaptation.

⁸⁴⁵ CCP, Art. L. 3123-7-1.

⁸⁴⁶ Il s'agit de la résolution du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur la diligence raisonnable et la responsabilité des entreprises (2020/2129 INL).

⁸⁴⁷ Voir CCP, art. L. 2152-7.

⁸⁴⁸ Voir CCP, art. L. 3124-5.

V.

Les effets du droit européen sur la concession de service public en droit italien

1. CONCESSIONS ET CONCURRENCE : LA REDUCTION DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DANS LE CHOIX DU CONCESSIONNAIRE

L'institution des concessions administratives a toujours souffert, dans le système juridique italien, d'un manque de réglementation législative : les dispositions réglementaires individuelles s'attachaient à définir seulement certains aspects d'hypothèses concessionnaires spécifiques, telles que les concessions de travaux ou certaines concessions de biens, en particulier concernant les biens de l'État⁸⁴⁹, tandis qu'une référence générale était contenue dans la loi sur le budget de l'État⁸⁵⁰, l'attention du législateur étant principalement axée sur la limitation des dépenses non économiques pour l'administration⁸⁵¹. Peu de règles concernaient les modalités d'attribution des concessions et laissaient généralement une large marge d'appréciation aux autorités concédantes.⁸⁵²

⁸⁴⁹ C'est le cas de la concession des biens de l'État maritime régie par les articles 36-48 du Code de la Navigation ; ou des concessions aéroportuaires où l'article 42 du Code régit le régime de révocation ; ou pensez à l'article 704 du même Code qui régit l'octroi des concessions de gestion aéroportuaire.

⁸⁵⁰ Comme mentionné dans le chapitre sur la reconstruction de la science juridique en Italie, il s'agit du décret royal n° 2840 du 30 décembre 1923. Le coût des services publics essentiels offerts par l'État à ses citoyens relève également du budget de l'État sous la forme de dépenses publiques.

⁸⁵¹ La reconstruction avait été confiée principalement au travail de la jurisprudence et de la doctrine, sur lequel s'étend largement, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit.

⁸⁵² Un exemple en est la concession de travaux et la simple concession de construction, dont l'(ab)utilisation a permis à l'Administration d'échapper à l'application de la preuve publique fonctionnant, au contraire, pour les marchés de travaux, voir sur ce point A. MOLITERNI, *La concessione di lavori*, in A. Cianflone - G. Giovannini - V. Lopilato, 13 ed. tome II, pp. 1499-1557.

Dans ce contexte d'attention limitée de la part du législateur national aux modalités de choix du concessionnaire, s'est consolidée et stabilisée l'image du vingtième siècle de la concession comme acte d'expression du pouvoir discrétionnaire et fortement liée à la nécessité d'identifier *intuitu personae* le sujet le plus apte à exécuter les tâches publiques⁸⁵³. En outre, la concession avait été définie par la doctrine juridico-publicitaire faisant autorité comme un instrument de fermeture naturelle des marchés et des règles de concurrence, car elle permet aux pouvoirs publics d'identifier certains opérateurs dans une position naturellement privilégiée par rapport aux autres⁸⁵⁴.

Le droit européen trouve un terrain fertile pour intensifier les contraintes législatives entourant l'exercice concret du pouvoir concessionnaire et pour remettre en cause à la base l'élément de discrétion comme exigence propre et typique de toute concession.

Comme expliqué dans le chapitre précédent, l'impact du droit européen s'opère de manière graduelle, mais progressive, et la jurisprudence⁸⁵⁵ soumet également les concessions au respect des principes de concurrence, de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement⁸⁵⁶.

Dans le cadre de la transposition du droit européen, le Parlement italien a délégué au gouvernement l'adoption d'un ou plusieurs décrets législatifs, dont le projet portait principalement sur le thème des marchés publics de travaux, par le remplacement de la

⁸⁵³ Comme mentionné ci-dessus, la législation européenne fait également référence au libre choix (*soi disant* discrétionnaire) de l'administration concernant l'externalisation, ou l'internalisation (par exemple) du service ; un choix, cependant, induit par divers facteurs empiriques, tels que l'existence de fonds dans le budget public, la présence en interne de personnel ayant l'*expertise* nécessaire.

⁸⁵⁴ Déjà dans F. CAMMEO, *I monopoli comunali. L'ouvrage a été publié en 1895-1896*, dans Archives juridiques Serafini, op. cit.

⁸⁵⁵ Voir C. justice. CE, 10 novembre 1998, dans C-360/1998, dans Foro amm., 1999, 1675 et C. just. CE, 10 avril 2003, dans C-20/01 et C-28/01.

⁸⁵⁶ En effet, les effets d'une exclusion totale des règles dédiées aux marchés publics n'auraient pas été exempts de critiques : ainsi A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Naples, Editoriale Scientifica, 2008, spéc. pp. 389 et suivantes, qui souligne que "le caractère intime de la concession met en évidence des phénomènes d'importance immédiate pour le bon fonctionnement des marchés", étant donné que "tant l'attribution patrimoniale opérée par l'administration en faveur de la partie privée, que la réglementation de l'activité entrepreneuriale peuvent déterminer, en l'absence de précautions appropriées, une altération du régime de concurrence" (p. 39).

législation précédente⁸⁵⁷ par un texte unique, visant à renforcer les exigences de flexibilité, de transparence et de libre accès aux procédures d'appel d'offres⁸⁵⁸.

Intervient alors le premier code des marchés publics⁸⁵⁹ qui, bien qu'il ne contienne pas de dispositions spécifiques aux concessions de services, et encore moins aux concessions de services publics⁸⁶⁰, prévoit que le choix du concessionnaire doit se faire conformément aux "principes généraux des marchés publics" et que les règles prévoyant une protection accrue de la concurrence sont réservées⁸⁶¹. L'intention était de rendre élastique, parfois au détriment

⁸⁵⁷ Voir la loi n° 109 du 11 février 1994, également connue sous le nom de loi Merloni ou loi-cadre pour les travaux publics.

⁸⁵⁸ L'article 24 de la loi européenne avait en effet initié un processus dense de nombreuses innovations par rapport au cadre général du droit des travaux publics.

⁸⁵⁹ Il s'agit du décret législatif n° 163/2006.

⁸⁶⁰ En effet, l'article 30 prévoit expressément que : 1) Sous réserve des dispositions du présent article, les dispositions du code ne s'appliquent pas aux concessions de services. 2) Dans la concession de services, la contrepartie en faveur du concessionnaire consiste uniquement dans le droit de gérer fonctionnellement et d'exploiter économiquement le service. Le concédant fixe également un prix lors de la procédure d'appel d'offres si le concessionnaire est tenu de pratiquer à l'égard des usagers des prix inférieurs à ceux correspondant à la somme du coût du service et du bénéfice commercial ordinaire, ou s'il est nécessaire d'assurer que le concessionnaire poursuit l'équilibre économique-financier des investissements et de la gestion afférente par rapport à la qualité du service à fournir. 3. Le concessionnaire doit être choisi dans le respect des principes déductibles du traité et des principes généraux relatifs aux marchés publics et, en particulier, des principes de transparence, de publicité adéquate, de non-discrimination, d'égalité de traitement, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité, à la suite d'un appel d'offres informel auquel sont invités au moins cinq concurrents, s'il y a dans ce nombre des sujets qualifiés par rapport à l'objet de la concession, et avec une prédétermination des critères de sélection. 4. Ceci est sans préjudice de règles spécifiques prévoyant des formes plus étendues de protection de la concurrence. 5. Les règles spécifiques prévoyant l'attribution de services à des entités qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs au lieu de concessions de services à des tiers ne sont pas affectées, pour autant qu'elles soient conformes aux principes du droit communautaire. 6. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur accorde à une entité qui n'est pas un pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs pour exercer une activité de service public, l'acte de concession prévoit que, pour les marchés de fournitures conclus avec des tiers dans le cadre de cette activité, cette entité respecte le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. 7. Les dispositions de la partie IV (sur les litiges) sont applicables. L'article 143, paragraphe 7, c'est-à-dire les règles relatives aux concessions de travaux publics, s'applique également mutatis mutandis.

⁸⁶¹ Critique à l'égard de la notion "large" de concurrence de manière à inclure, à travers la perspective "pro-concurrentielle", également les règles relatives aux procédures publiques, F. TRIMARCHI BANFI, *Procedimenti concorrenziali e regole di concorrenza*, op. cit, spéc. p. 723, qui, en revanche, soutient que l'ouverture des marchés dans ces secteurs n'a pas pour objectif l'application des "règles de concurrence au sens propre", mais plutôt "la garantie de la non-discrimination des entreprises sur la base de la nationalité (article 12), du droit d'établissement (article 43) et de la libre prestation des services (article 49)". En revanche, A. LALLI, *Disciplina della concorrenza*, op. cit. spéc. p. 398 et s., met en évidence l'impact de la "discipline de la concurrence" non seulement sur l'autonomie des personnes privées mais aussi sur la régulation des marchés, en se référant particulièrement à l'activité contractuelle de l'administration, selon laquelle "les hypothèses d'application de la discipline sur les marchés publics et la logique interprétative développée par la Cour de justice se fondent sur le principe de la concurrence".

de la sécurité juridique, ce qui, dans l'idée du législateur, devait être une discipline très simplifiée, tant en raison des exigences particulières de l'administration envers le concessionnaire, liées à son activité de services publics⁸⁶², qu'en raison de la grande technicité et de la complexité économique du contrat⁸⁶³.

Le fait de doter la concession d'une discipline générale, même si elle n'est pas encore complète et organique, en la plaçant à côté des dispositions relatives aux marchés publics, avec la soumission conséquente à des "contraintes" légales, qui délimitent inévitablement la discrétion administrative⁸⁶⁴, constitue une première révolution dans la relation.

En outre, le législateur italien, allant au-delà des dispositions communautaires, introduit une exigence d'appel d'offres informel même pour les concessions⁸⁶⁵, ce qui contribue de manière décisive à limiter la principale caractéristique de la mesure de concession : être l'expression d'un pouvoir administratif discrétionnaire⁸⁶⁶. Au contraire, cette tradition

⁸⁶² Ainsi, l'art. 166 du code des marchés publics, rebaptisé " Principe de libre administration des collectivités publiques ", dispose que : " Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont libres d'organiser la procédure de sélection du concessionnaire, sous réserve du respect des règles énoncées dans la présente partie. Ils sont libres de décider de la meilleure façon de gérer l'exécution des travaux et la fourniture des services afin d'assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers dans les services publics".

⁸⁶³ Sur ce sujet M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI- M. RICCHI, a cura di, *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2011.

⁸⁶⁴ Voir M. D'ALBERTI, *Introduction, in Concessions and Competition*, édité par M. D'Alberti, op. cit. p. 15, qui a souligné que la "manière la plus répandue" pour les autorités publiques de choisir le concessionnaire était "sans aucun doute, dans la législation et la pratique, celle basée sur une large discrétion administrative". En confirmation de cela, la même jurisprudence administrative a continué à souligner le fait que lors de l'établissement du rapport, l'administration était tenue de peser et d'équilibrer de nombreux intérêts publics et privés : Tar Lazio, sec. III, 19 mars 1987, n° 331, in Tar, 1987, I, 1273, au sujet des concessions de lignes d'autobus. En général, sur la tendance à réduire la discrétion administrative comme trait caractéristique de la phase actuelle de la régulation publique des marchés, voir M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologne, Il Mulino, 2008, spéc. pp. 99 et suivantes.

⁸⁶⁵ Ainsi, l'article 30, paragraphe 3, du décret législatif n° 163/2006 dispose que "le concessionnaire doit être choisi dans le respect des principes déductibles du traité et des principes généraux relatifs aux marchés publics et, en particulier, des principes de transparence, de publicité adéquate, de non-discrimination, d'égalité de traitement, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité, après un appel d'offres informel auquel sont invités au moins cinq concurrents, s'il existe en nombre suffisant des sujets qualifiés par rapport à l'objet de la concession, et avec la prédétermination des critères de sélection".

⁸⁶⁶ Voir, en droit interne, les circulaires de la Présidence du Conseil des ministres n° 3944 du 1er mars 2002 et n° 8756 du 6 juin 2002. À la lumière de ces principes, le Conseil d'État plénier, section V, 2 mai 2013, n° 2385, in *Foro amm. C.d.S.*, 5, 2013, 1329 a conclu que, lors de l'attribution d'une concession de services avec le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, les dispositions de l'article 84, alinéas 4 et 10, du décret législatif n° 163/2006 sont applicables, car elles doivent être

juridique nationale de la concession comme acte d'autorité, prédestiné à légitimer une " dérogation au principe d'égalité auquel le fait d'attribuer des avantages particuliers aux sujets du système "⁸⁶⁷, serait justifiée par la délégation de fonctions publiques visant à pourvoir à l'intérêt général⁸⁶⁸.

Même le juge administratif, par une interprétation systématique de la discipline à l'aide des principes généraux de la matière, a donné lieu à une voie d'extension progressive du champ d'application de nombreuses règles régissant l'attribution des marchés également aux concessions⁸⁶⁹. Dans de nombreux cas, cela a impliqué l'application de principes très généraux, tels que l'interdiction de la reconduction tacite de l'appel d'offres, qui constituent une déclinaison claire des principes généraux applicables aux concessions⁸⁷⁰. Dans d'autres cas, en revanche, des règles spécifiques ont également été étendues à ces relations, qui ont toutefois été interprétées comme l'expression d'un principe général en la matière. C'est précisément par rapport à la possibilité d'étendre ces règles que sont apparus certains contrastes jurisprudentiels problématiques, comme celui concernant le champ d'application exact des règles sur les obligations⁸⁷¹.

considérées comme l'expression de ces principes de transparence et d'égalité de traitement visés à l'article 30 de l'ancien code, ce qui en fait des règles impératives susceptibles de compléter et de supplanter la *lex specialis*. Le Conseil d'État, en 2013, était toutefois parvenu à une conclusion différente, lorsqu'il a estimé que l'applicabilité aux concessions des dispositions du code des marchés devait être explicitée par le pouvoir adjudicateur, par une référence spécifique à celles-ci dans le droit de l'appel d'offres. Selon les juges du Palazzo Spada, dans un cas d'appel d'offres pour l'attribution d'une concession, l'avis d'appel d'offres ne contenant aucune référence à l'article 49 du code des marchés publics, il n'était pas possible d'appliquer le modèle de la confiance invoquée par l'un des soumissionnaires, étant donné que cette institution n'aurait pu se référer à aucun des principes obligatoires applicables aux concessions de services, en vertu de l'article 30, alinéa 3, du code précédemment en vigueur C. VALLORANI, *Contratti di concessione*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, op. cit. p. 941.

⁸⁶⁷ Ainsi M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Rome, 1963, 115 ; A. PAJINO, L. TORCHIA, *La nuova disciplina dei contratti pubblici : le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, octobre 2015.

⁸⁶⁸ Voir R. CARANTA, *I contratti pubblici*, op. cit. p. 167 qui souligne que "le droit de l'Union européenne ne voit pas l'aspect, certes mystique mais cher à la doctrine italienne, mais aussi à la doctrine française, du transfert des pouvoirs publics du concédant au concessionnaire".

⁸⁶⁹ Ainsi G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, op. cit. p. 1095. Pour la réglementation antérieure au code 2006, G. GRECO, *Le concessioni di lavori e servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, p. 5.

⁸⁷⁰ Ainsi A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in Dir. amm., IV, 2012, pp. 567 et ss.

⁸⁷¹ Toutefois, la question ne semble pas avoir été surmontée : voir tout récemment Conseil d'État, Sec. V, 16/03/2021.

Par la suite, avec l'avènement du deuxième code des marchés publics, actuellement en vigueur⁸⁷², la réglementation ne se concentrera plus uniquement sur les concessions de travaux, mais aussi explicitement sur les concessions de services, auxquelles ne seront donc plus étendus non seulement les principes, mais aussi les règles de la preuve publique, finalement transposées en droit italien.

Mais au-delà de la réglementation des marchés publics, l'impact du droit européen concerne toute relation de concession susceptible de conférer à une personne privée le droit à une activité économique par les pouvoirs publics : la directive sur les services permet de limiter tout pouvoir discrétionnaire de l'administration⁸⁷³.

Et c'est précisément à travers la directive sur les services que le droit européen parvient à pénétrer même les domaines traditionnellement plus inaccessibles au droit supranational, comme celui relatif à la réglementation des biens publics⁸⁷⁴ : sans préjudice du régime de propriété des biens, sont affirmés des principes qui limitent la possibilité pour les autorités publiques de choisir les concessionnaires. Les biens, distincts des services, n'entrent pas dans le champ d'application des concessions de services, sauf s'ils sont indispensables au service lui-même. Cette instrumentation est entendue au sens large afin d'inclure ces contrats dans le respect de la libre concurrence et de l'absence de pouvoir discrétionnaire, de sorte que seules les simples concessions de biens restent exclues. En outre, même la doctrine administrative a expliqué la complémentarité des biens et des services, puisque "la vaste

⁸⁷² Il s'agit du décret législatif n° 50/2016. Toutefois, il convient de préciser qu'un nouveau règlement consacré aux marchés publics est prévu.

⁸⁷³ Il s'agit de la directive 2006/123/ce du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite directive Bolkestein, et il est fait référence au chapitre trois consacré à l'étude approfondie du droit communautaire et européen.

⁸⁷⁴ Selon la tradition de la doctrine du secteur public sur les biens publics, l'administration jouit de pouvoirs d'intervention précipités, même en cas de légitime défense, en raison de "l'exigence fondamentale que les biens publics, destinés comme ils le sont, institutionnellement, à satisfaire les besoins publics, soient constamment maintenus sous le contrôle et le pouvoir d'intervention autoritaire de l'entité à laquelle ils appartiennent". En effet, il a été noté qu'"il n'existe pas d'utilisations purement économiques des biens publics, car toutes les utilisations particulières comportent de vastes implications d'intérêt général. Ainsi, quel que soit l'usage que l'administration entend faire d'un bien concédé, force est de constater que, sauf très rares exceptions, la destination d'un bien public aura toujours des conséquences pour la collectivité administrée. Cela concerne non seulement les macro-choix relatifs au type d'activité à exercer - industrielle ou réceptive - mais aussi les décisions relatives aux activités à accorder. Voir notamment S. CASSESE, *I beni pubblici : Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milan, 1969, pp. 245-246. E. CASTORINA, *Art. 822 Demanio pubblici*), op. cit. p. 170 ; N. CENTOFANTI, *I beni pubblici : tutela amministrativa e giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 58 et suivantes.

sphère des services publics peut également inclure des situations consistant dans le fait que le service public est mis en œuvre par l'accès à un bien (ou par la possibilité d'accéder à ce bien)⁸⁷⁵, en fait "la fourniture de certains services publics entraîne normalement la fourniture d'un bien, destiné à ce service : le service public, dans ces cas, est concrètement réalisé dans l'accès à ce bien"⁸⁷⁶.

Cette logique inclusive a l'avantage de placer au centre du discours non pas le simple accès à la propriété de l'État, mais plutôt l'accès au service rendu par cette propriété donnée de l'État, plaçant l'intervention publique dans une perspective visant à la "reconnaissance de la revendication du citoyen à la qualité du service"⁸⁷⁷. L'élargissement du périmètre des services, par opposition aux biens, a été récemment reconnu par la jurisprudence⁸⁷⁸ sur l'attraction des concessions de l'État maritime à des fins touristiques et récréatives dans la discipline non discrétionnaire mais concurrentielle de la directive sur les services⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Voir A. TRAVI, *Utenza di beni pubblici e utenza di servizi pubblici : un confine in evoluzione*, in Urb. App., 2001, par. 1. Dans ce sens, voir également B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, op. cit. p. 467, selon lequel "les biens publics ne sont pas simplement mis à la disposition des citoyens, mais sont spécifiquement équipés pour rendre un certain type de service aux utilisateurs".

⁸⁷⁶ Également A. TRAVI, *Les utilisateurs de biens publics et les utilisateurs de services publics*, op. cit. paragraphe 2.

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ Il convient de noter les décisions de Cons. St. Ad. Plénières n° 17 et 18 2021 qui ont reconnu l'applicabilité de la directive sur les services par le nombre limité d'autorisations disponibles en raison de la rareté de la plage de ressources naturelles, rapprochant l'institution de l'autorisation de la relation de concession.

⁸⁷⁹ Dessinée dans la directive 2006/123/CE, également connue sous le nom de directive Bolkestein. En effet, l'article 12 de la directive stipule : "Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques disponibles, les États membres appliquent aux candidats potentiels une procédure de sélection qui présente des garanties d'impartialité et de transparence et prévoit, notamment, une publicité adéquate concernant le lancement de la procédure, son déroulement et son achèvement. co. 2 Dans les cas visés au paragraphe 1, l'autorisation est accordée pour une période limitée appropriée et ne peut prévoir une procédure de renouvellement automatique ni conférer aucun autre avantage au prestataire sortant ou aux personnes ayant des liens particuliers avec ce prestataire. La doctrine a également souligné l'importance de la nécessité d'une intervention synergique et uniforme de planification intégrée du littoral au niveau régional et local, tout en tenant compte des spécificités côtières, résultant de la participation des citoyens et protégeant l'environnement. Ces objectifs s'harmonisent bien avec la recherche de *normes de qualité élevées* pour le service public, voir M. DE BENEDETTO (ed.), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Il Mulino, 2011 ; également N. RANGONE, *Spiagge in cerca di regole. Studio di impatto sulle concessioni balneari*, 2011.

De plus, la distinction même entre les autorisations et les concessions s'estompe en raison de la nécessité commune d'éviter tout traitement discriminatoire⁸⁸⁰. Ce rapprochement entre les deux se retrouve également dans la jurisprudence la plus récente⁸⁸¹.

Dans ce scénario, le droit européen contribue inévitablement à remettre en cause ce qui était une exigence structurelle de la concession, à savoir la discrétion, au moins en ce qui concerne les concessions qui affectent l'exercice d'activités économiques ou qui attribuent des droits ou d'autres avantages économiquement significatifs : il ne semble pas y avoir de place pour des évaluations purement discrétionnaires dans le choix du sujet privé, et la discrétion

⁸⁸⁰ Il n'est pas exclu que la réglementation communautaire entraîne une modification partielle de certains aspects de la discipline italienne, et le premier de ces aspects est précisément la réduction du pouvoir discrétionnaire de l'administration ; en outre, le pouvoir discrétionnaire résiduel doit "être exercé en ayant comme référence avant tout l'intérêt de la protection de la concurrence plutôt que des intérêts différents", ainsi F. FRACCHIA, *Autorisation administrative*, op. cit. p. 340-341. Bien qu'il ne faille pas oublier qu'il n'y a pas seulement l'opposition entre l'activité administrative discrétionnaire et l'activité administrative liée (de simple exécution de la loi, dans laquelle la loi ne confère pas à l'administration le pouvoir de choisir la conduite à adopter par rapport à la prise d'une mesure), mais il y a aussi le cas intermédiaire de l'évaluation technique, qui pourrait bien être appliquée en matière de concessions, sur lequel voir D. DE PRETIS, *Evaluation administrative et discrétion technique*, Padoue, Cedam, 1995.

⁸⁸¹ Voir T.A.R. Roma, (Lazio) sec. II, 01/09/2021, no. 9451, Au-delà du nomen iuris utilisé par la règle (autorisation), la discipline relative à la sous-entrée dans la concession de l'état maritime dessine un institut sui generis, en même temps différent de l'octroi de la concession (articles 36 et suivants, Il s'agit, en effet, de la substitution d'un sujet à l'intérieur d'un rapport concessionnaire préexistant (dont les conditions et les échéances restent inchangées) et donc d'une novation subjective, qui participe nécessairement de la nature de la concession étatique, constituant une sorte de phénomène dérivé, à l'égard duquel aucun consentement silencieux n'est requis, mais une mesure expresse. T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 05/05/2021, n° 406, Aux termes de l'article 88 du texte consolidé des lois sur la sécurité publique selon le décret royal n° 773 du 18 juin 1931, " la licence pour l'exercice des paris ne peut être accordée qu'aux sujets titulaires de concessions ou d'autorisations des ministères ou d'autres organismes auxquels la loi réserve le droit d'organiser et de gérer les paris, ainsi qu'aux sujets désignés par le concessionnaire ou le titulaire de l'autorisation en vertu de la même concession ou autorisation ". T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia) sec. I, 12/02/2021, n° 52 : l'art. 27 du code de la route doit essentiellement être lu à la lumière du principe général énoncé à l'art. 1 (c'est-à-dire en tant que corps législatif visant à la sécurité des personnes dans le trafic routier, par rapport auquel ses règles sont évidemment subordonnées) et l'article lui-même fonde la légitimité de l'imposition de la taxe de non-reconnaissance sur une disposition autorisant ou accordant l'usage singulier de la ressource publique - la chaussée ; Consiglio di Stato sez. VI, 18/10/2021, n° 6971 " la base juridique des mesures contestées est de permettre le rétablissement immédiat des conditions nécessaires à la prestation des services publics, en cas de comportement préjudiciable au droit des usagers d'utiliser ces derniers face à un sujet responsable (sur la base d'une autorisation/concession) de ce service ".

semble de toute façon être épuisée dans la phase exécutive de la concession, objet de la discussion approfondie dans les derniers paragraphes⁸⁸².

La nécessité de garantir une concurrence maximale entre les opérateurs contribue à étendre le principe de la prédétermination objective des critères pour toute relation de licence⁸⁸³ ; le système d'appel d'offres concurrentiel devient le paradigme de référence pour toute relation, bien que de manière différente en ce qui concerne la structure et l'intensité des contraintes⁸⁸⁴. Le pouvoir discrétionnaire est absorbé dans des actes réglementaires et normatifs qui tendent à rendre le processus de choix de l'opérateur privé plus objectif et transparent, sans préjudice des espaces d'évaluation discrétionnaire en ce qui concerne la compatibilité des usages ou la satisfaction des besoins⁸⁸⁵. C'est la discrétion politique qui tend à anticiper le choix du concessionnaire⁸⁸⁶.

2. LA DIMENSION ECONOMICO-FONCTIONNELLE DE LA CONCESSION DE SERVICES

⁸⁸² Ainsi le Conseil d'Etat sez. VI, 13/07/2020, no. 4530. Le contrat de concession d'un bien municipal à titre gratuit pour la gestion d'un service de salle de jeux, caractérisé par la prévision d'une clause expresse de résiliation pour l'exécution de travaux non autorisés sur le bien par le concessionnaire, peut être résilié du fait de la seule survenance de l'événement, l'administration ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation pour prendre en compte l'existence d'un intérêt public concret.

⁸⁸³ Il en est de même en vertu de l'article 12 de la loi 241/1990, dont l'alinéa 1 dispose : "L'octroi de subventions, de primes, de subsides et d'aides financières et l'attribution d'avantages économiques de toute nature aux personnes et entités publiques et privées sont subordonnés à la détermination préalable par les administrations chargées de la procédure, dans les formes prévues par leurs règlements respectifs, des critères et des procédures à suivre par ces administrations".

⁸⁸⁴ Au contraire, certains auteurs affirment que dans le cas du service public, la discrétion administrative semble conserver une signification particulière. Ainsi U. REALFONZO, *I contratti di concessione*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*. Commentaire organique du décret législatif n° 50 du 18 avril 2016, cité, p. 453-456.

⁸⁸⁵ Cf. Cons. St. sez. VI, 13 juillet 2020, n° 4530. Le contrat de concession d'un bien municipal à titre gratuit pour la gestion d'un service de salle de jeux, caractérisé par la prévision d'une clause expresse de résiliation pour l'exécution par le concessionnaire de travaux non autorisés sur le bien, peut être résilié en raison de la simple survenance de l'événement, l'administration ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation par lequel elle pourrait prendre en compte l'existence d'un intérêt public concret. En l'espèce, en effet, la qualification préalable de l'exécution de travaux abusifs comme un manquement grave du concessionnaire vise à exclure tout type de modification du bien concédé.

⁸⁸⁶ Par conséquent, l'impression de A. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, II, p. 517, est toujours d'actualité, selon laquelle sur ce sujet "le mot définitif ne peut pas encore être considéré comme prononcé". Le seuil de discrétion anticipe également la nomination de ceux qui doivent choisir le concessionnaire, voir Cons. St., sec. V, 8/02/2021, n° 1123.

La réduction du pouvoir discrétionnaire constitue donc la tendance de toute concession. En ce qui concerne spécifiquement les concessions de services, une autre tendance importante se dessine, qui met également à mal la reconstruction traditionnelle de la concession.

Le droit européen, qui vise à attirer les relations concessionnaires qui affectent le marché unique, met l'accent sur une reconstruction substantielle de la relation concessionnaire fondée non pas sur la délégation ou le transfert de pouvoirs publics, ni même sur l'organisation du service public, mais sur le transfert d'un risque économique⁸⁸⁷.

Cette discipline de la concession, tant en raison de sa qualification de contrat qui ne diffère du contrat d'appel d'offres qu'en termes de risque et de rémunération, qu'en vertu de la discipline spécifique applicable tant à la phase de preuve publique qu'à la phase, certes mineure, d'exécution du contrat,⁸⁸⁸ entraîne une diminution de la discrétion administrative⁸⁸⁹.

Il s'agit de la principale caractéristique distinctive des concessions de travaux et de services. Cette distinction ne sert pas tant à qualifier positivement la concession, mais à introduire un critère de distinction entre la concession et toutes les autres relations contractuelles de l'administration publique, qu'il s'agisse de conventions, de contrats de programme ou de contrats de service⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ Voir A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, op. cit. p. 76 qui note que l'élément qui caractérise la concession est désormais "le profil d'allocation des risques de la direction dont le droit est contractuellement cédé à la société". Sur la notion de risque, voir également le chapitre 3 sur le droit européen.

⁸⁸⁸ D'autres règles, outre le paramètre de la prise en charge du risque, soulignent l'importance du facteur économique conféré par la concession, par exemple l'art. 143, c. 7 : "L'offre et le contrat doivent contenir le plan économique-financier pour couvrir les investissements et leur gestion pendant toute la période choisie et doivent prévoir la spécification de la valeur résiduelle nette des amortissements annuels, ainsi que la valeur résiduelle éventuelle de l'investissement non amortie à la fin de la concession, en prévoyant également une contrepartie pour cette valeur résiduelle". Sur l'importance de cette référence, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit. p. 157.

⁸⁸⁹ Et c'est précisément dans le domaine des services publics que nous avons constaté le plus grand changement, tant en ce qui concerne les concessions que les autorisations, qui commencent à remplacer les concessions : les concessions sont maintenues en présence d'une réserve reconnue par une règle de droit qui n'est pas incompatible avec le droit communautaire, et dans tous les autres cas, elles sont remplacées par des autorisations non discrétionnaires. discrétionnaire (à délivrer sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires). depuis que le droit communautaire a établi que seules les mesures de consentement non discrétionnaires peuvent être utilisées (à délivrer sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires), selon un régime appelé "autorisation conforme au droit communautaire" N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna. Il Mulino, 1999, p. 20 et p. 28.

⁸⁹⁰ Sur ce point, voir A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cité, spéc. p. 138 et suivantes, consacré aux instruments consensuels pour l'organisation et la réglementation des services

En particulier, étant donné que les concessions - bien que soumises à des règles de transparence et de non-discrimination - sont soumises à des disciplines moins rigides que les relations contractuelles, il est nécessaire d'introduire des critères substantiels qui, au-delà des *dénominations* utilisées dans les différents États membres, permettent de distinguer les concessions des autres relations négociées.

D'autre part, étant donné que le sens de la différence de discipline par rapport aux appels d'offres et aux autres marchés publics dépend du fait que, dans le cadre des concessions de services ou de travaux, il existe un marché capable de contrôler l'efficacité et la qualité des activités réalisées par les particuliers, il est nécessaire que ces activités soient effectivement soumises au contrôle du marché, de sorte qu'elles ne sont pas soumises aux règles plus strictes des appels d'offres : il est nécessaire que les utilisateurs puissent effectivement choisir d'utiliser un service donné, et c'est précisément ce profil qui affecte la présence d'un risque du côté de la demande⁸⁹¹.

Toutefois, ce n'est pas le seul risque admissible pour les concessions, car à la lumière du droit européen, le risque de disponibilité permet également de considérer comme remplie l'exigence de transfert du risque économique-financier du secteur public au secteur privé⁸⁹².

En outre, la présence d'un risque devient une condition de fond pour la reconstruction des concessions et, à la lumière de ce critère, en ce qui concerne les concessions de services en particulier, la jurisprudence en vient à exclure du champ d'application des concessions les relations qui se produisent dans de multiples domaines⁸⁹³.

publics ; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza : l'esperienza italiana a confronto*, in Riv. trim. dir. pub., 2003, p. 295.

⁸⁹¹ Voir aussi A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, p. 76 selon lequel "le risque découle de l'évolution de la demande de service générée par le marché, à son tour corrélée par la capacité de l'entreprise elle-même à tirer parti des opportunités que lui permet un tel marché réglementé". Voir également R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Turin, 2012, p. 115, qui souligne que le risque qui caractérise la concession " est quelque chose de plus et de différent du risque normal de l'entrepreneur qui, pour réaliser des bénéfices, doit bien organiser l'entreprise et se situer dans les prévisions économiques formulées dans l'offre ".

⁸⁹² Sur l'ampleur et la multitude de la signification du risque de disponibilité indiquée dans la soft law d'Eurostat, voir G. F. CARTEI, *Risk and negotiating discipline in concession and public-private partnership contracts*, Riv. Trim. Dir. Pub., fasc.2, 1er juin 2018, p. 599.

⁸⁹³ Par exemple, le principe du risque a été interprété jusqu'au Cons. St. n° 4682/2012, selon lequel " il y a concession de services lorsque l'exploitant assume des risques sur la gestion des services, en se référant essentiellement aux usagers " avec pour conséquence de qualifier de contrat un marché dont le risque est supporté par l'Administration. Plus récemment, voir T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 08/01/2021 : la réglementation des droits du concessionnaire limités aux seuls produits de l'utilisation économique

Une telle reconstruction économique-fonctionnelle conduit d'ailleurs à exclure du champ des concessions les instruments négociés affectant des services sans signification économique, comme dans le cas des contrats de gestion d'installations sportives municipales sans signification économique⁸⁹⁴. Il s'agit de cas controversés dans lesquels l'absence de risque est invoquée⁸⁹⁵.

En définitive, la concession de services devient un instrument par lequel un *munus*⁸⁹⁶ est conféré au secteur privé, un instrument par lequel le secteur privé se voit accorder un droit d'exploitation⁸⁹⁷.

du bien (et avec, en plus, une redevance annuelle à payer par le concessionnaire) empêche, finalement, que le cas soit qualifié de contrat de services, puisque le risque commercial relatif est entièrement assumé par le concessionnaire. Voir également St. Cons., section VI, 04/05/2020, n° 2810, selon lequel la relation entre l'Université et la société chargée d'un service de transport par navette, née de la conclusion d'un contrat à l'issue d'une procédure publique, puis renouvelée à plusieurs reprises, peut être qualifiée de marché public de services avec application des règles pertinentes. La prévision d'une redevance, à payer intégralement par le pouvoir adjudicateur et déterminée sur une base horaire, comme critère d'attribution de la procédure, exclut le transfert du risque d'exploitation au prestataire de services, qui est considéré comme un élément discriminant pour l'existence d'une concession de services de transport public de voyageurs, selon une orientation juridique consolidée, également mise en œuvre par l'article 3, alinéa 1, lettre vv), décret législatif n° 50/2016. Cf. également Cons. St. , sez. V , 01 octobre 2021 , n° 6599, selon lequel : la relation de concession de service public se distingue du contrat de service précisément parce que le concessionnaire assume le risque de la demande : dans la concession, le concessionnaire a des relations de négociation directe avec l'utilisateur final, de la demande de services duquel il tire sa rémunération.

⁸⁹⁴ Voir St. Cons., section V, 18 août 2021 n° 5915 dans lequel la relation est considérée comme dépourvue de risque opérationnel et donc il ne s'agit pas d'une concession, mais d'un contrat de service, puisque l'objet de la mission est la gestion de l'installation sportive, en tant que service rendu pour le compte de l'Administration. Il s'ensuit que les articles 140, 142 et 143 du Code des marchés publics doivent être appliqués pour les marchés de services sociaux, c'est-à-dire la discipline de l'article 36 pour les missions à seuil bas.

⁸⁹⁵ Voir Conseil d'État section V, 04 février 2022, n° 795

⁸⁹⁶ A ce sujet, voir M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, 5ème édition, Milano, 1995, p. 78, tel que rapporté dans le chapitre consacré à la reconstruction de la science juridique dans le système juridique italien.

⁸⁹⁷ En outre, du point de vue de la libre initiative économique, celle-ci était déjà présente dans la Constitution italienne, sur ce point F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in Pol. dir., 1992, p. 3 ff. qui souligne la reconnaissance, de façon générale et abstraite, de la liberté d'initiative économique privée visée à l'art. 41 de la Constitution pour tous les sujets et se réfère au phénomène concessif existant avant la spécialisation du droit administratif, sur ce point M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. qui donne comme exemple les mesures des Républiques Maritimes.

3. LA PORTEE INCERTAINE DES CONCESSIONS DE SERVICES ET LA RELATION CONTROVERSEE AVEC LES SERVICES PUBLICS

S'agissant spécifiquement de la réglementation des services, le droit européen a permis de rompre le lien d'interdépendance qui existait en droit interne entre la réglementation des concessions administratives et le mandatement d'un service public, contrairement à ce qui s'est passé en droit français.

L'objectif réglementaire du droit européen n'est pas d'identifier une discipline uniforme des concessions dont un service public est chargé, puisque la discipline du service public est considérée avant tout comme une discipline qui - par la négative - permet l'application limitée des règles de concurrence : comme on le voit en référence aux SIEG, qui sont réglementés dans la partie du Traité de l'Union européenne relative à la réglementation de la concurrence⁸⁹⁸.

Au contraire, l'objectif réglementaire du droit européen est d'étendre la discipline pro-concurrentielle de la preuve publique à toutes les relations de négociation qui peuvent conduire à un avantage pour certains opérateurs au détriment d'autres.

Par conséquent - tant en ce qui concerne les concessions que les marchés - la discipline des services européens ne coïncide pas avec les services publics traditionnels : les services couverts par la discipline de l'attribution des concessions peuvent également être des services publics, mais pas nécessairement, car ils peuvent également concerner des services non publics.

Dans cette perspective, lors de la transposition des directives sur les concessions - également de services - le système juridique national s'est trouvé à introduire une discipline dont le champ d'application objectif ne recoupe plus entièrement le secteur des services publics.

Le cadre européen, en effet, identifie la concession comme un contrat qui ne diffère du marché que par le fait que le risque est assumé par le concessionnaire, et pourrait donc bien s'appliquer à tout type de service ; en fait, il n'a pas exclu les services publics en général, mais a laissé leur identification aux États membres⁸⁹⁹, n'excluant que certains services, parce

⁸⁹⁸ Veuillez vous reporter au chapitre III.

⁸⁹⁹ Ainsi, l'article 4 de la directive.

qu'ils manquent d'importance économique ou parce qu'ils sont soumis à des règles spéciales⁹⁰⁰.

De plus, dans une concession mixte de travaux et de services, il se peut que les règles de la concession européenne de travaux s'appliquent à un service public⁹⁰¹.

La nouvelle discipline des concessions est ainsi venue réglementer une multiplicité de relations, qui ne concernent pas toutes les services publics.

Certaines ont une dimension bilatérale, comme les services de trésorerie⁹⁰² et les services de délivrance de passeports⁹⁰³ ; c'est-à-dire des relations dans lesquelles la partie privée fournit matériellement un besoin de l'administration, en assumant un certain risque ; mais ce risque ne dépend pas d'un choix de l'utilisateur, et donc d'une réaction du marché.

Certaines relations ont une structure tripartite, dans laquelle l'administration publique accorde donc à la partie privée le droit d'exercer une certaine activité vis-à-vis des

⁹⁰⁰ Ainsi, le secteur des transports.

⁹⁰¹ Sur ce point, Cons. St. A.P., 30 janvier 2014, n° 7, selon lequel la ligne de partage se situe dans le sens de l'instrumentation liant la gestion du service et l'exécution des travaux : ce n'est que lorsque l'exécution du service est servante de la construction des ouvrages qu'une concession de travaux publics est configurable.

⁹⁰² Voir Cass. civ., sec. un., 30 octobre 2020, n° 24111. selon laquelle un litige introduit par une commune pour obtenir de la banque concessionnaire du service public du trésor municipal la restitution d'un indu monétaire comme effet d'une décision déclaratoire sur l'invalidité ou l'inexistence de la clause de capitalisation trimestrielle des intérêts à payer et l'évaluation ultra-légale de ceux-ci, relève de la compétence des juridictions ordinaires, étant donné que la demande ne remet pas en cause le rapport de concession, dans son aspect générique ou fonctionnel, mais conteste le fondement de la commensuration pratiquée de la dette pour les intérêts, relevant ainsi de la clause dérogatoire visée à l'article 133, paragraphe 1, point c), du décret législatif n°... 104 de 2010. Cassation civile, sec. lav., 28 octobre 2021, n° 30480. selon laquelle les employés d'une société gérant le service de trésorerie d'une commune, qui est reprise par une autre société titulaire de la même concession de services, ont le droit au transfert direct, sans interruption, aux employés de la société remplaçante, conformément à l'article 63, alinéa 4, du décret législatif n° 112 de 1999 et à l'article 52, alinéa 61, de la loi n° 448 de 2001, à considérer comme des règles spéciales par rapport aux règles générales de l'article 2112 du code civil, à la manière d'une clause de "protection sociale" pour la continuité du service et de l'emploi, en cas de discontinuité du mandataire, étant donné que le contrat de trésorerie est configuré comme une concession de service public. Cass. civ. sez. un., 12 septembre 2019, n° 22769. selon laquelle le tribunal ordinaire est compétent pour connaître de la demande de paiement de la contrepartie de l'exécution de services de trésorerie sous un régime de concession, lorsque le litige porte uniquement sur le mode de détermination de la contrepartie, conformément à un critère de répartition figurant à l'article 5 de la loi n° 1034 de 1971, n'impliquant pas de décisions sur la validité et le fonctionnement des clauses de la concession, et nécessitant une enquête simplement préliminaire et délibérative sur le contenu et la discipline du rapport de concession. Le contrat de trésorerie, ayant pour objet le transfert de fonctions publiques, et traitant des fonds publics dans les limites de la dotation budgétaire, est un service public, donc Cass. ss. uu. n° 9648/2001.

⁹⁰³ Comme le contrat Cons. St. Sec. V, 23 décembre 2020, n° 8298.

utilisateurs, en assumant un risque qui dépend principalement du choix de l'utilisateur : comme dans le cas de la gestion d'une piscine ou de distributeurs automatiques⁹⁰⁴.

On ne peut donc pas soutenir que la bilatéralité, ou plutôt la trilatéralité, de la relation est dirimante pour identifier la publicité d'un service ou l'existence d'une concession.

En ce qui concerne ces relations, on assiste souvent à la valorisation par la jurisprudence, non seulement de l'élément économique fonctionnel, mais aussi de l'élément de trilatéralité⁹⁰⁵, c'est-à-dire la présence d'utilisateurs, qui, comme on le sait, n'est pas pertinente pour le droit européen⁹⁰⁶, du transfert de pouvoirs et de fonctions publics, comme dans le cas des concessions de services supplémentaires de biens culturels, où cet élément est valorisé⁹⁰⁷.

Du point de vue du droit européen, ces types de concessions sont traités de la même manière, mais pour le droit interne - comme cela sera précisé dans les chapitres suivants - ils peuvent donner lieu à des conséquences différentes du point de vue du régime et de la discipline juridiques : d'où la coïncidence non partielle entre les arguments et les critères interprétatifs adoptés par les deux systèmes juridiques.

⁹⁰⁴ Par exemple, la gestion d'une piscine, cf. Cons. St., sect. V, 15 septembre 2021, n° 6295, qui est considérée comme une concession de services, et qui est soumise aux délais raccourcis, étant la gestion d'un équipement sportif municipal (cf. Cons. St, sez. V, 28 janvier 2021, n° 858) auxquels la procédure spéciale de passation s'applique en vertu des articles 120 et 119 du code des marchés publics (Adunanza Plenaria, 27 juillet 2016, n° 22) ; ou la concession d'un distributeur automatique voir Cons. St. sez. IV, 11 avril 2022, n° 2705.

⁹⁰⁵ Sur ce point, en doctrine, G. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario agli istituti tra appalto e concessione*, in Giustiziamm.it, 2009, n° 6, selon lequel, alors que la concession de service public n'aurait pour objet que la gestion d'un service public, la concession de service concernerait tous les types de services adressés au public. Des exemples peuvent être trouvés dans la jurisprudence dans le domaine de la distribution de gaz : ainsi une concession de gazoduc pour le transport de gaz Cons. giust. amm. Sicilia sez. jurisd., 14/01/2022. Conseil d'État section III, 26 octobre 2020, selon lequel le contentieux des honoraires est toutefois " depuis peu " dévolu au juge ordinaire.

⁹⁰⁶ Sur ce point, L. BERTONAZZI et R. VILLATA, *Services d'intérêt économique général*, in Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale, dirigé par M.P. Chiti et G. Greco, Milan, Giuffrè, 2007, p. 1857, qui soulignent que les concessions de services et les concessions de services publics seraient placées dans une relation *genus ad speciem* qui retracerait la distinction communautaire entre les services visés à l'art. 57 TFUE et les services d'intérêt économique général visés à l'article 106 TFUE, étant donné qu'"il existe des concessions de services qui ne se traduisent pas par des concessions de services publics, puisqu'elles n'ont pas pour objet des services d'intérêt général adressés à la collectivité".

⁹⁰⁷ Voir Conseil d'État Sec. V, 06 juillet 2020, n° 4307, selon lequel, réalisé pour les usagers, le service de billetterie ne peut bénéficier d'une primauté fonctionnelle sur les services complémentaires.

Selon une partie de la doctrine, la concession de service de droit européen ne concernerait pas la concession de service public, puisque les présupposés et les finalités seraient différents⁹⁰⁸. En effet, en ce qui concerne les liens et les interférences avec la catégorie "domestique" de la concession de service public, une partie de la doctrine doute que la législation européenne⁹⁰⁹, qui part de présupposés différents et est orientée vers d'autres objectifs qui ne semblent pas être ceux de l'organisation, puisse être pertinente⁹¹⁰. La présence d'un "objet public", d'un service public, rendrait l'instrument contractuel régi par le Code des marchés publics impropre à la poursuite de l'intérêt général. En présence d'un service public, la relation de concession est liée et destinée non pas à la satisfaction de profils économiques relatifs au risque de gestion de l'activité objet de la concession (étant donné la non-marchandisation et la non-négociabilité de l'objet public⁹¹¹), mais plutôt à la

⁹⁰⁸ Sur ce point, F. FRACCHIA, *Concessions amministrative*, cit., 260 qui considère que la notion codifiée de concessions de services ne semble pas se référer également aux services adressés au public. Il souligne la nécessaire "pertinence publique", qui entraîne la nature inhérente de la concession d'un service public, en termes de pouvoirs, de responsabilités et de droits spéciaux, et, plus récemment, G. CALDERONI, *La 'nuova' concessione di servizi*, cit. 268. Souligne, au contraire, l'effacement de la différence entre les deux institutions A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit. 77, également en raison de la disparition de "l'élément finaliste" en tant que caractéristique distinctive des différents instruments qui composent le scénario de la commande publique. Dans une perspective non différente, A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni*, cité, spéc. 606 et suivants.

⁹⁰⁹ Ainsi, F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizio*, cit. 99 et suivants.

⁹¹⁰ En particulier, sur le régime des concessions de services publics, F. ROVERSI MONACO (ed.), *Le concessioni di pubblici servizi*, Rimini, 1988 ; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cité, p. 459 ss ; R. CAVALLA PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 113 ss ; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cité, p. 106 ss. Dans la jurisprudence T.A.R..La loi sur les concessions de services publics de Gênes, section I, 23/01/2021, n° 59, identifie comme indicateurs de qualification d'une concession de services publics d'importance économique : a) la présence d'un service visant à produire des utilités pour satisfaire des intérêts généraux (dans ce cas, le halage, la mise à l'eau et la manutention de bateaux) ; b) la structure trilatérale typique dans laquelle l'administration concède le service à un opérateur privé, qui fournit des services aux utilisateurs et leur demande de payer un prix (tarif) pour pouvoir utiliser le service, sans aucune garantie de l'Administration publique et, par conséquent, en supportant le coût du service, qui est à la charge de l'autorité publique, et l'obligation de fournir le service aux utilisateurs, sans aucune garantie de l'autorité publique. et, par conséquent, supporter le risque économique de la gestion ; c) la préordination de l'activité pour satisfaire directement les besoins d'un public d'utilisateurs et la soumission du gestionnaire à une série d'obligations, visant à conformer les services à des règles de continuité, de régularité, de capacité technico-professionnelle et de qualité ; d) la délégation des pouvoirs d'organisation de l'organisme au particulier, qui règle et gère de manière autonome l'utilisation de l'équipement, son entretien, l'acquisition de certificats d'aptitude et de polices d'assurance, ainsi que les relations avec les utilisateurs, sous réserve du respect des obligations de service.

⁹¹¹ F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, cité, p. 473 et suivantes ; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Principi generali, Milano, 1938, p. 223 et suivantes.

qualité et à la substance particulières de l'objet dans la relation, qui détermineraient un véritable transfert de pouvoirs et de responsabilités publics.

Selon d'autres, en revanche, la concession européenne de services couvrirait également les services publics, puisque l'institution de la concession de services est un instrument "neutre" par rapport à la nature particulière du service confié à la partie privée, qui peut consister aussi bien en services publics qu'en services privés offerts au public.

La jurisprudence - compte tenu de la primauté du droit européen - tend à appliquer les critères européens également aux concessions de service public, confirmant ainsi cette deuxième orientation qui tend à faire de la concession européenne un instrument neutre par rapport à la nature de service public de l'activité confiée.

Ainsi, le transport scolaire, le stationnement, l'amarrage et l'accostage des bateaux de plaisance ont été considérés comme des services publics⁹¹², mais pas le chauffage des bâtiments municipaux, la police locale et le service du trésor⁹¹³ ; en revanche, les services d'hygiène et de réaménagement urbain relatifs à la collecte et à l'élimination des déchets ont été soumis à l'article 112 du T.U.EL. et inclus dans la notion de service public en fonction des profils objectifs et subjectifs de l'activité, malgré le fait que le mandatement ait été effectué par contrat.

D'autre part, les cas où les services publics sont confiés non pas par le biais de concessions, mais par le biais de contrats selon le critère décisif du risque économique ne manquent pas : si le service public est à demande fixe, ne présuppose pas le choix de l'utilisateur et est soumis à la fiscalité générale, nous ne sommes pas en présence d'une concession de service européenne, mais plutôt d'un contrat de service public, comme dans le cas du service de

⁹¹² La concession de services revêt toutefois la forme d'un contrat, de sorte que la clause de résiliation expresse s'applique, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une révocation Consiglio di Stato sez. VI, 18/07/2019. Si elle est considérée comme une concession de biens, elle est en tout cas soumise au droit européen et à la libre concurrence de la directive sur les services : Conseil d'État ad. plén., 09/11/2021.

⁹¹³ Pour une citation de la jurisprudence, dans le cadre d'une reconstruction critique plus large de la notion de service public local et d'une réflexion sur la libéralisation progressive, voir A. VIGNERI, *La liberalizzazione*, op.cit. Au contraire, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, 139, qui critique également la formulation de l'art. 30 du code des marchés publics au sujet des concessions de services et de certaines décisions qui qualifient de service public le service de trésorerie des entités publiques ou la gestion d'un casino. Dans ces cas, en fait, il n'y a pas de service fourni aux utilisateurs.

collecte des déchets⁹¹⁴, qui est financé par les caisses municipales par le biais de la fiscalité et non directement par les usagers.

De même, il peut y avoir des services publics qui, en raison de leur manque de pertinence économique et, par conséquent, de l'absence d'une condition préalable en soi pour le transfert d'un risque, sont soumis à la discipline des marchés de services sociaux, comme on l'a vu au paragraphe précédent⁹¹⁵, ou des services publics, mais sans pertinence économique, comme dans le cas des services de recherche et de développement⁹¹⁶.

Dans ces deux derniers cas, l'absence - bien que pour des raisons différentes - d'un risque économique sous-jacent au service conduit à l'exclusion de l'applicabilité de la discipline des concessions et à l'application de celle des contrats.

Ainsi, les cas de services publics locaux qui, comme nous l'avons vu plus en détail dans les sections précédentes, sont soumis aux règles des concessions ou des contrats en fonction de la nature économique-fonctionnelle de la relation, et non de la finalité du service ou de la structure tripartite, ne manquent pas.

Par essence, dans les services publics locaux, les contrats et les concessions sont transversaux, et cela s'exprime dans différents secteurs comme celui des déchets⁹¹⁷. En effet, dans la sphère locale, il existe de nombreux services publics entrepreneuriaux qui font l'objet d'une attribution par le biais de contrats et à la suite d'appels d'offres⁹¹⁸, comme nous le verrons plus en détail dans la section suivante, et la distinction entre les deux contrats repose de moins en moins sur le caractère " finaliste " particulier de

⁹¹⁴ Voir Cons. St. sez. IV, 03 février 2022 ; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 11 août 2020, n° 715.

⁹¹⁵ C'est le cas de la gestion de petites installations sportives municipales sans billetterie et donc sans activité économique.

⁹¹⁶ Ou plutôt dans les achats pré-commerciaux, voir C. SPADA, *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1er septembre 2021, p. 687.

⁹¹⁷ Comm. trib. reg. Torino, (Piemonte) sez. V, 25 février 2019, n° 271 Si l'activité d'élimination des déchets est une activité à façon, la déductibilité du coût de la main d'œuvre salariée de la base imposable I.R.A.P. peut être appliquée. Cela ne peut pas conduire à la conclusion que les seules formes de gestion d'un service public par une collectivité locale sont la gestion directe ou la concession, étant donné que notre système juridique prévoit également la forme du contrat de service, qui peut être librement choisi, auquel cas la déductibilité des coûts salariaux de la base imposable de l'I.R.A.P. peut être appliquée.

⁹¹⁸ Au contraire, il s'agit de l'hypothèse "privilégiée" par le système juridique italien, notamment du point de vue de la limitation des formes de gestion des services publics en "autoproduction" par le mécanisme de la "prestation interne". Sur la réforme du régime des services publics locaux G. DI GASPARE, *I servizi pubblici locali in trasformazione*, Padoue, 2010.

l'activité attribuée : en effet, la jurisprudence insiste rarement sur les obligations et responsabilités spécifiques.

4. LE SERVICE PUBLIC LOCAL ENTRE CONCESSIONS ET MARCHES PUBLICS

La discipline européenne des concessions est fondée sur la centralité de l'élément économique-fonctionnel, sur l'extension de la preuve publique et sur l'absence de pertinence de la nature publique ou non publique du service.

Ces éléments ont rapidement fait partie du cadre réglementaire des services publics locaux, qui a été progressivement intégré au droit européen.

La loi 142/1990 a identifié certains modes de mandatement, dont la concession de service public, en vertu desquels la prestation de services devait répondre à des critères généraux d'efficacité et d'efficience⁹¹⁹.

La transformation et la modernisation des tâches publiques affectent la possibilité de pouvoir gérer les services publics locaux. Les sociétés locales de gestion de services publics s'appuient sur les principes de la concurrence, réaffirmant la nécessité que le choix du partenaire privé, à qui la gestion du service doit être confiée, se fasse par le biais de l'instrument concurrentiel⁹²⁰.

Avec l'entrée en vigueur du décret législatif n° 267/2000 (loi dite de consolidation des collectivités locales), les services d'importance économique ont été distingués de ceux qui ne le sont pas. En particulier, l'article 113 réglemente les formes de gestion des services publics, en faisant la distinction entre les services d'importance économique industrielle et ceux sans importance économique et entrepreneuriale⁹²¹. Pour les services présentant un

⁹¹⁹ Voir P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto protele più rigorose della concorrenza*, in Giur. cost., 2010. S. MAROTTA, *La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in Munus, 1, 2011, p. 177 et suivantes, affirme que "à partir de la réforme des autonomies de 1990, il y a eu en Italie un processus de dépublicisation qui a touché tout le secteur des services publics locaux, y compris les services d'eau. [...] Il s'agit, en somme, du dépassement définitif du système de déséconomisation des biens et services publics essentiels, typique de l'État-providence, et du retour à l'économisation de ces biens et services, caractéristique des systèmes de marché libre".

⁹²⁰ Article 22, loi n° 142 et article 12, loi n° 498 de 1992.

⁹²¹ L'article 113 original de la loi consolidée n° 267/2000 a subi plusieurs modifications au fil des ans. Le premier changement fondamental est intervenu avec l'article 35 de la loi n° 448/2001 (loi financière pour 2002). L'article 35 modifie l'article 113 et insère l'article 113 bis, qui introduit la distinction entre les services publics

intérêt industriel, le service devait être fourni sur une base concurrentielle, tandis que pour les services ne présentant pas d'intérêt industriel, le service devait être fourni en le confiant directement (sans concurrence) à des institutions, à des sociétés spéciales, y compris des consortiums, à des sociétés par actions créées par les autorités locales ou auxquelles elles participent ; en le confiant, sur la base d'une rémunération à l'acte, à des associations et à des fondations (pour les activités culturelles et de loisirs) ou en le confiant à des tiers, avec une procédure publique (avec concurrence). En substance, la réglementation prévue à l'article 113 de la loi consolidée sur les affaires économiques et financières (TUEL) centrait le mode d'attribution du service sur l'instrument de la concession.

Par la suite, un règlement a été publié avec des dispositions plus détaillées concernant, surtout, la définition de la manière dont les procédures d'appel d'offres devaient être menées⁹²².

L'établissement d'une concession de service public figure dans le texte du TUEL comme l'une des compétences du conseil municipal⁹²³. En effet, l'espace consacré à cette relation dans la législation locale, qui fait référence au mandatement par le biais de procédures publiques, est progressivement, sinon totalement érudé, du moins fortement réduit⁹²⁴.

D'autres formes d'accord prennent une grande importance, comme le mandatement *interne* et le contrat de service, et une disposition est introduite qui exige que les relations entre

ayant une pertinence industrielle (article 113) et ceux qui n'en ont pas (article 113 bis), afin d'identifier la manière dont l'une ou l'autre catégorie est fournie.

⁹²² Décret présidentiel n° 168/2010.

⁹²³ Ainsi, l'article 42(e) TUEL organise des services publics, crée des institutions et des sociétés spéciales, concède des services publics, participe à des sociétés par actions, confie des activités ou des services par convention.

⁹²⁴ V. Article 112 outils de gestion : Les collectivités locales, dans le cadre de leurs compétences respectives, assurent la gestion des services publics dont l'objet est la production de biens et d'activités visant à atteindre des finalités sociales et à promouvoir le développement économique et civil des communautés locales. 2. Les services réservés exclusivement aux municipalités et aux provinces sont établis par la loi. (1 Paragraphe abrogé par la loi n° 448 du 28 décembre 2001). 3. Le chapitre III du décret législatif n° 286 du 30 juillet 1999 sur la qualité des services publics locaux et les chartes de services s'applique aux services publics locaux. (1) Alinéa abrogé par l'article 35, paragraphe 12, point c), de la loi n° 448 du 28 décembre 2001. (2) Pour les nouvelles dispositions relatives aux villes métropolitaines, aux provinces et aux syndicats et aux fusions de communes, voir la loi n° 56 du 7 avril 2014. Conseil d'État : les collectivités locales "sont des collectivités locales à vocation générale, dotées d'une autonomie organisationnelle, administrative et financière en ce sens qu'elles ont le pouvoir de déterminer elles-mêmes leurs propres objectifs et, en particulier, de décider quelles activités de production de biens et d'activités, pour autant qu'elles soient génériquement destinées à des fins sociales et à la promotion du développement économique et civil des communautés de référence (art. 112 Tuel), elles doivent prendre en charge".

l'administration et le prestataire du service public soient réglées par consensus⁹²⁵. La stipulation du contrat permet aux collectivités locales et aux entreprises de régler leurs obligations mutuelles et, en même temps, de régler le développement et l'évolution de l'entreprise⁹²⁶.

À la suite d'une procédure d'infraction engagée par l'Union européenne contre l'Italie, le gouvernement a dû intervenir avec le décret législatif n° 269/03, qui a remplacé la pertinence industrielle par la pertinence économique, afin d'identifier les modalités de gestion des services⁹²⁷.

En outre, un premier paragraphe a été introduit dans l'article 113 qui fixe les modalités de gestion et de mandatement des services publics locaux qui concernent la protection de la concurrence et sont obligatoires et complémentaires aux réglementations sectorielles⁹²⁸.

En substance, le droit interne fait abstraction de l'instrument, qu'il s'agisse d'une concession ou d'un contrat, et s'attache à limiter le pouvoir discrétionnaire des pouvoirs adjudicateurs en se référant aux modalités compatibles avec le droit européen.

⁹²⁵ En particulier, l'article 35 de la loi n° 448/2001 (qui a réformé les articles 113 et 113 bis de la loi consolidée sur la planification économique) a introduit de manière générale l'obligation d'un contrat de service pour toute hypothèse de mandatement d'un service public local. Et avant cette disposition, l'article 4, alinéa 5, du décret-loi n° 6 du 31 janvier 1995, devenu l'article 114, alinéa 6, de la loi consolidée sur la planification économique, avait introduit le concept de " contrat " comme instrument de la relation entre l'entité et la société spéciale.

⁹²⁶ Sur ce point, A. MOLITERNI, *Administration consensuelle et droit privé*, cit. spéc. p. 149.

⁹²⁷ C'est ce qu'établit l'article 14, qui n'énumère toutefois ni les services d'importance économique ni ceux qui n'en ont pas, mais renvoie à un règlement ultérieur (non encore publié). L'article 23-bis TUEL a été abrogé, qui n'ajoutait rien pour définir le champ dans lequel identifier l'activité à considérer comme un service public, se contentant de renvoyer à la notion, de sorte qu'à cet égard, le choix est sans aucun doute laissé aux évaluations autonomes des autorités locales, par rapport aux différents contextes socio-économiques et territoriaux, et à la jurisprudence qui a mis en évidence la nécessité d'une justification objective de la publicité de ce service, dans le sens d'une corrélation directe et immédiate avec les besoins de la communauté.

⁹²⁸ La loi 350/2003 introduit également à l'article 113, paragraphe 5-ter, selon lequel, si la gestion du réseau, distincte ou intégrée à la prestation de services, n'a pas été confiée par appel d'offres, les entités gestionnaires visées aux paragraphes précédents réalisent les travaux liés à la gestion du réseau exclusivement par le biais de marchés publics de travaux ou de concessions, attribués à la suite de procédures de preuves publiques. Lorsque la gestion du réseau, distincte ou intégrée à la gestion des services, a été confiée par voie d'appel d'offres, l'entité gestionnaire peut réaliser directement les travaux liés à l'exploitation du réseau, à condition qu'elle soit qualifiée conformément à la législation en vigueur et que l'appel d'offres réalisé ait visé à la fois la gestion du service de réseau et l'exécution des travaux connexes. Si, par contre, l'appel d'offres n'a eu pour objet que la gestion du service relatif au réseau, l'opérateur doit confier les travaux à des tiers selon les procédures publiques prévues par la législation en vigueur.

La réglementation du mandatement *interne* est également limitée de manière préjudicielle⁹²⁹, par les avis préalables de l'AGCM⁹³⁰, qui exigent une évaluation rigoureuse des situations économiques, sociales et environnementales exceptionnelles qui auraient permis le mandatement direct, ce qui aboutit essentiellement à ne reconnaître une valeur ordinaire qu'aux procédures de mandatement effectuées par voie d'appel d'offres⁹³¹.

Le référendum sur les services publics locaux intervient également, sur l'article 23bis de la loi 133/2008, qui dicte de manière exhaustive la réglementation des services publics locaux, en réglementant l'ensemble du secteur, à l'exclusion de certains services spécifiques (notamment le gaz, l'électricité et les transports).

Le résultat du référendum a été l'abrogation de l'article 23bis susmentionné, avec pour conséquence que seuls les principes du droit communautaire s'appliqueraient au secteur des services publics locaux.

Par rapport à l'article 23bis, qui a été abrogé par le référendum, les principes du droit communautaire concernant le mode de mandatement des services étaient beaucoup moins restrictifs quant à la possibilité de recourir au mandatement *interne*, considérant ce mode de gestion comme une forme ordinaire, et non dérogatoire, d'organisation des services.

Au lendemain du *référendum*, le législateur a édicté un règlement⁹³² qui reprenait en fait presque littéralement les dispositions de l'article 23bis abrogé et de son règlement d'application. En particulier, en ce qui concerne la question du mandatement interne, le nouveau règlement prévoit bien son admissibilité, mais uniquement dans le respect d'un seuil de valeur prédéterminé⁹³³.

En raison de cette reposition de la législation abrogée, la Cour constitutionnelle est intervenue, considérant que la législation intervenante était une introduction d'une

⁹²⁹ Conseil d'État, Assemblée plénière, décision 03/03/2008 no. 1

⁹³⁰ Voir Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avis n° AS 563 du 17 juillet 2009 et avis n° AS 603 du 7 août 2009.

⁹³¹ Ainsi, les avis préventifs émis, en vertu de l'ancien paragraphe 4 de l'article 23-bis du décret-loi n° 112/2008, par l'autorité antitrust sur la légitimité du choix de confier un service public local donné à une entité interne. Voir sur ce point le commentaire de C. VOLPE, *In house providing, Cour de justice, Conseil d'Etat et législateur national. Un cas de convergences parallèles ?* Urbanistica e appalti, 2008, vol. 12, p. 1401 -1418.

⁹³² Décret-loi 138/2011, converti ensuite en loi 148/2011, dont l'article 4 est intitulé "Adaptation de la réglementation des services publics locaux au référendum populaire et à la législation de l'Union européenne".

⁹³³ D'un montant initial de 900 000 €, il a ensuite été réduit à 200 000 € par des modifications ultérieures.

réglementation de la matière "sans modifier ni les principes directeurs du cadre réglementaire global préexistant ni le contenu réglementaire essentiel des préceptes individuels", ce qui contraste clairement, par conséquent, avec l'intention poursuivie par le référendum abrogatif⁹³⁴.

Après cette intervention, le secteur des services publics, à l'instar de ce qui s'était passé à l'issue du référendum abrogatif, se trouve régi exclusivement par les principes du droit communautaire, et la possibilité d'utiliser le modèle de gestion *prestataire interne* est donc largement ouverte.

En 2012, afin de rendre la gestion des services plus efficace et de favoriser les processus d'agrégation des gestionnaires, le législateur est intervenu pour dicter une réglementation sur l'organisation des services publics locaux⁹³⁵ : la loi réserve exclusivement aux organes dirigeants les fonctions suivantes : organisation du service, choix de la forme de gestion, affectation de la gestion ; contrôle de gestion et détermination des tarifs d'utilisation⁹³⁶.

En outre, le dernier code des marchés publics a absorbé une partie de la discipline "locale", car il contient des dispositions sur les contrats *internes*⁹³⁷.

La jurisprudence nationale a élaboré des indices d'identification à utiliser pour vérifier la légitimité du recours au *mandatement interne*⁹³⁸ : la participation publique totale, le contrôle analogue, voire le contrôle conjoint dans le cas d'un mandatement *interne en* faveur d'une société dans laquelle plusieurs entités publiques détiennent une participation, et la

⁹³⁴ Ainsi Corte Cost, 148/2011 dans la partie où cette disposition, sous le titre "Adaptation de la réglementation des services publics locaux au *référendum* populaire et aux règlements de l'Union européenne", dicte la nouvelle réglementation des services publics locaux d'importance économique en lieu et place de l'article 23-bis du décret-loi n° 112 du 25 juin 2008, abrogé à la suite du *référendum des* 12 et 13 juin 2011.

⁹³⁵ Ainsi l'article 3-bis, décret-loi n° 138/2011, introduit par l'article 25(1) du décret-loi n° 1/2012.

⁹³⁶ Ainsi, l'article 3-bis, paragraphe 1-bis du décret-loi n° 138/2011, introduit par l'article 34 du décret-loi n° 179/2012.

⁹³⁷ Ainsi, l'art. 5 et les art. 192 et suivants du Code des marchés publics. Il s'agit de la transposition de l'art. 17 de la directive 2014/23/UE (Concessions entre entités du secteur public), de l'art. 12 de la directive 2014/24/UE (Marchés publics entre entités du secteur public), de l'art. 28 de la directive 2014/25/UE (Contrats entre pouvoirs adjudicateurs), qui - avec des dispositions identiques - réglementent les types de concessions et de contrats qui présentent des caractéristiques telles qu'ils peuvent être exclus du champ d'application de la législation européenne sur les procédures de passation des marchés publics et permettent le recours à l'attribution interne.

⁹³⁸ La formulation du règlement interne dans les directives précitées a repris la jurisprudence de la Cour de justice sur les exigences internes, en introduisant toutefois un certain nombre d'innovations, qui ont été largement illustrées, entre autres, dans l'avis du Conseil d'État n° 298/2015.

prévalence de l'activité auprès de l'entité mandante. En outre, le Code prévoit que pour confier légitimement un marché à une modalité *interne*, concernant des services disponibles sur le marché en régime concurrentiel, les stations contractantes doivent d'abord procéder à une évaluation de la congruence économique de l'offre formulée par l'entité *interne*, eu égard à l'objet et à la valeur du service⁹³⁹.

En effet, la réglementation sur les services publics ne fait plus partie de la loi de consolidation des collectivités locales et, surtout, ne mentionne plus les concessions de services publics parmi les outils de gestion des services publics. La préparation d'une législation spécifique semble complexe : comme on le sait, le projet de décret législatif sur la "loi consolidée sur les services publics locaux d'intérêt économique général"⁹⁴⁰ n'est jamais entré en vigueur, la loi d'habilitation ayant été déclarée inconstitutionnelle⁹⁴¹ et de nouvelles propositions sont à l'étude.

Dans un tel contexte, où la législation de référence pour le service apparaît maigre et fragmentée entre le TUEL et le T.U. sur les entreprises participantes⁹⁴², en passant par la référence européenne aux services d'intérêt général, les critères matériels européens pour définir une concession de service, même si elle est de nature publique et avec un impact local, tendent à prévaloir.

Les propositions les plus récentes⁹⁴³ se concentrent sur une réorganisation opportune et nécessaire de la matière, également à travers l'adoption d'un texte unique spécial, à exercer dans le respect de la protection de la concurrence, des principes et des critères dictés par la réglementation européenne et le droit national⁹⁴⁴, des activités d'intérêt général dont la réalisation est nécessaire pour assurer la satisfaction des besoins des

⁹³⁹ Ainsi, l'article 192 du décret législatif n° 50/2016.

⁹⁴⁰ Adopté définitivement par le Conseil des ministres le 24/11/2016, A abrogé l'article 112 du décret législatif 267/2000, le remplaçant par l'article 5 "Prise en charge du service".

⁹⁴¹ Cour Const. Sent. 251/2016.

⁹⁴² Voir le décret législatif 175/2016 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" Sociétés mixtes public-privé : appel d'offres à double objet pour le choix du partenaire privé, dont la participation ne peut être inférieure à 30% ; le partenaire public doit conserver une position de contrôle sur la société mixte. Le partenaire privé doit assumer un risque important du fait de sa participation à l'entreprise ; le flux des bénéfices provenant de la réalisation de l'ouvrage ou du service ne doit pas favoriser le partenaire privé de manière disproportionnée.

⁹⁴³ Ainsi l'art. 6 du projet de loi annuel sur le marché et la concurrence 2021, tel qu'établi par l'art. 47 de la loi n° 99 du 23 juillet 2009, délégation sur les services publics locaux.

⁹⁴⁴ Dans le cadre de la compétence exclusive de l'État en vertu de l'article 117, paragraphe 2, point p), de la Constitution.

communautés locales, dans des conditions d'accessibilité physique et économique, de continuité, d'universalité et de non-discrimination, et les meilleurs niveaux de qualité et de sécurité, de manière à garantir l'homogénéité du développement et la cohésion sociale et territoriale ; la séparation, au niveau local, entre les fonctions de régulation et les fonctions de gestion directe des services⁹⁴⁵.

5. LE PROBLEME DE LA NATURE JURIDIQUE NEGOCIEE DES CONCESSIONS DE SERVICES ET LA DIMENSION ADMINISTRATIVE DES CONCESSIONS DE SERVICES PUBLICS

La question de la nature juridique des concessions de services publics souffre des nombreuses incertitudes qui ont caractérisé la greffe du règlement européen des concessions de services en droit interne.

Tout d'abord, les concessions de services sont définies comme des contrats par le droit européen, abandonnant la référence à l'acte et à la mesure unilatéraux même en droit interne⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ Par ailleurs, le souci d'assurer un service public efficace n'est pas seulement une prérogative du système français. E. BRUTI-LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.5, 1er octobre 2020, p. 533, que Sorace était déjà conscient, également après une lecture approfondie de la doctrine française, qu'il devait prêter la plus grande attention au nouveau modèle de réglementation des services publics, qui, s'il était appliqué de manière insuffisamment attentive aux exigences de diligence et d'universalité des services correspondants, pouvait entraîner de nombreux effets vertueux au niveau social. Au contraire, la réduction des services publics et la diminution du rôle de l'État et de ses interventions redistributives ont un prix élevé en termes de cohésion sociale et même d'épanouissement culturel des individus.

⁹⁴⁶ Ainsi, l'article 3, paragraphe 6, du décret législatif n° 163/2006. Ouverts à la contractualisation des concessions, les auteurs A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, cit. p. 154 et ss. et R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. p. 165 et ss. soulignent que, par rapport à l'ordre juridique italien, la qualification contractuelle des concessions de services ne semble même pas se limiter à la seule application du Code des contrats publics, étant donné que le législateur n'a pas voulu limiter l'efficacité de la qualification aux fins du décret législatif n° 163/2006. Contre l'ouverture contractuelle R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008, 106 ff. selon lequel "l'art. 3 du Code des marchés publics qualifie expressément les concessions de services de contrats, mais la donnée ne semble pas réellement significative, tant parce que (...) il est douteux qu'une telle catégorie puisse être identifiée à l'acte de confier des services publics, que parce que l'intention du législateur européen était de tracer une frontière entre les contrats et les concessions de services et non de fournir une notion générale et d'affecter le pouvoir d'organisation des États membres". En tout cas, il existe de nombreux exemples d'institutions qui, sur la base de dispositions communautaires, ont changé de nature juridique,

La référence explicite au contrat de concession de services dans le code des marchés publics⁹⁴⁷, en tant que contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un contrat de service public, à l'exception de la contrepartie et de la prise en charge du risque, a inévitablement brouillé la distinction entre les marchés de services et les concessions de services⁹⁴⁸. En outre, la législation a également rapproché les deux contrats en ce qui concerne leur structure biphasique : une phase publique, pour laquelle la loi sur la procédure administrative fonctionne, et une phase privée pour laquelle le code civil fonctionne⁹⁴⁹.

Face à la connotation clairement contractuelle des concessions de services, on a initialement objecté au niveau national que la référence purement nominaliste au "contrat de concession" n'affecterait pas la nature substantielle de la relation de concession telle qu'elle est reconstruite dans les systèmes juridiques nationaux individuels, qui auraient une compétence exclusive pour réglementer les services publics. Toutefois, la perspective contractualiste est

ce qui représente une des conséquences de la rencontre du droit européen avec le droit national en matière d'autorisations S. CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Turin, Einaudi, 1989.

⁹⁴⁷ Ainsi, l'article 3(vv) du décret législatif n° 50/2016.

⁹⁴⁸ Sur le sujet V. RICCIUTO - A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 38 selon lequel le droit positif offre une indication de deux types d'opérations contractuelles qui peuvent être utilisées par l'administration (le régime du contrat et la concession), dont la différence se trouve uniquement dans la différente "substance économique de l'opération". Sur ce sujet, voir également R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit. 161 ss ; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, cit. 97 ss ; B. RAGANELLI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit. 1006 ss ; G. CALDERONI, *La "nuova" concessione di servizi*, cit. 213 ss ; et, en ce qui concerne le cadre réglementaire antérieur aux directives de 2004, G. GRECO, *Gli appalti di servizi e le concessioni di pubblico servizio*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, édité par F. Mastragostino, cit.

Le *révirement* concernant l'exclusion des offres pour surenchère au titre de l'article 86 du code des marchés publics est intéressant pour la jurisprudence. Dans les rares arrêts rendus en la matière, le Conseil d'État a eu tendance à exclure les concessions des règles relatives à l'anomalie. L'application des règles relatives à la vérification des anomalies aurait pu porter atteinte à la séparation claire entre le cas des concessions et celui du contrat dans le système précédent, puisque les règles relatives à l'excès de réductions n'auraient pas été compatibles avec le risque économique-financier qui doit caractériser les concessions. En effet, l'exclusion des offres anormales même dans le cadre des concessions semble compatible avec la qualification des concessions comme une espèce du genre contrats à titre onéreux. C. VALLORANI, *Concession Contracts*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit. p. 944.

⁹⁴⁹ Ainsi, l'article 30 du décret législatif n° 50/2016. Il est curieux de voir comment la phase de preuve publique, créée par le droit européen et qui a toujours soutenu la nature contractuelle de la concession, est considérée dans le système juridique italien comme la prérogative du juge administratif, tandis que la phase exécutive, dans laquelle s'exprimerait le pouvoir d'autodéfense, est généralement la prérogative du juge ordinaire.

pleinement acceptée par le législateur italien⁹⁵⁰, selon lequel le contrat de concession présente précisément "les mêmes caractéristiques" que le contrat de service : les "mêmes caractéristiques" évoquent nécessairement une coïncidence de la connotation structurelle et, par conséquent, du régime juridique (contractuel) de la relation⁹⁵¹, dans un système juridique qui ne connaît aucun autre type de contrat que celui de droit civil (contrairement au système juridique français dans lequel le *contrat administratif* est une catégorie générale qui unifie les concessions et les marchés publics).

Ayant ainsi admis la nature contractuelle de la concession de services consacrée par les directives européennes et transposée en droit interne, on peut en définir les éléments essentiels, en transposant ceux du droit civil⁹⁵² : la forme (de preuve publique), la convention, la cause et l'objet⁹⁵³.

A partir de la convention, l'appel d'offres donne lieu à une procédure qui se forme progressivement⁹⁵⁴, dans laquelle la volonté de l'opérateur est précisée par l'offre, et l'appel d'offres est réalisé précisément pour définir le contenu du contrat, en accord avec le concédant. En ce qui concerne la matière et le contenu du capital, l'obligation de garantir la permanence de l'équilibre financier, équilibre synallagmatique propre aux contrats, est accentuée par la discipline européenne⁹⁵⁵. Le synallagme, comme on le sait, s'explicite avec l'apparition de services caractérisés par la considération mutuelle et l'interdépendance, comme c'est le cas précisément entre le concédant et le concessionnaire.

Quant au caractère onéreux, le contrat à titre onéreux apporte un avantage à chaque partie en fonction de son exécution : pour l'administration le mandatement, pour le particulier la gestion. La performance ne disparaît pas du fait que le concessionnaire travaille au profit de la collectivité et non de l'administration.

⁹⁵⁰ Voir A. MOLITERNI, cité, notamment p. 578.

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² Ainsi l'étude de G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Turin, 2012, pp. XIV-220.

⁹⁵³ S. RAIMONDI, *Dig. disc. pubb.*, Vol. II, 1987, 86 ff. et A. MOZZATI, *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Turin, 2010.

⁹⁵⁴ Voir G. NAPOLITANO, *Rules and the Market in Public Services*, Naples, 2005.

⁹⁵⁵ Ainsi G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 385, pour qui "la source du rapport de concession est un accord (une convention) et non une mesure", en effet, bien que l'évaluation de l'intérêt public par l'administration soit inépuisable et inaliénable, ce dont l'administration ne dispose pas est le synallagme convenu et les implications financières.

En substance, la mission publique de l'objet de la concession ne semble pas pouvoir modifier sa nature contractuelle⁹⁵⁶.

Une partie de la doctrine, cependant, fait revivre la figure du contrat à objet public, en identifiant dans la cause la finalité économique et sociale à réaliser. La cause représenterait une limite de l'ordre économique et fonctionnerait comme une règle interprétative, également aux fins d'une éventuelle déclaration de nullité ou d'annulation du contrat⁹⁵⁷.

Une partie de la jurisprudence insiste également sur la nature contractuelle de la concession⁹⁵⁸, le transfert et la délégation de pouvoirs n'étant plus une exigence de la concession de services.

Ceci étant le cas pour les concessions de services, l'absence d'une réglementation claire sur le régime des concessions de services publics conduit à faire entrer le régime des concessions de services publics dans le champ d'application des concessions européennes, en s'appuyant sur le régime de la preuve publique et de la phase de négociation qui s'applique également aux contrats.

Toutefois, au niveau de l'interprétation, on a continué à se référer, dans de nombreux cas, à des modèles reconstruteurs qui ne sont pas entièrement imputables au droit privé, en mettant l'accent sur la nature fonctionnelle de la relation, c'est-à-dire l'élément d'intérêt public et l'objectif public du service. On s'est référé en particulier au contrat de concession⁹⁵⁹, une figure qui, comme on l'a vu au chapitre deux, permet de donner une pertinence juridique autonome aux deux actes pertinents dans le cas de la concession de service public : l'acte

⁹⁵⁶ La jurisprudence administrative Cons. St. 19 août 2016 n° 3653 adopte un point de vue différent.

⁹⁵⁷ V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo : il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la specialità del regime dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in Riv. Trim. Dir. Pubb. Com. 2016, p. 259, selon lequel la cause n'est pas à rechercher dans les affaires de droit civil mais dans le droit administratif, qui caractérise les négociations stipulées par les entités publiques. Dans la cause communautaire, l'intérêt public fait partie de la cause du contrat lorsque la partie privée assume l'obligation de coopérer à la meilleure solution pour la réalisation de l'intérêt général, dans ce sens voir L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milan, 1988, p. 131.

⁹⁵⁸ Voir Cass. civ. sec. I, 26 mars 2021, n° 8630. La jurisprudence administrative considère également que le but d'intérêt général ne constitue pas une immanence au contrat, en effet, il entre dans la cause s'il est compris comme une fonction objective économique-sociale, mais aussi comme une fonction juridique de l'acte. sur l'illicéité de la cause, sur l'impossibilité ou l'illégalité du contrat ces éléments sont différemment conformés (Cons. St., sez. V, 19 août 2016), les applications de l'élément causal se retrouvent également dans les obligations de service sur les obligations de qualité.

⁹⁵⁹ Voir Cons. St. sez. VII, 11 avril 2022.

constitutif (nécessairement) présumé et le contrat. Ces deux actes donnent lieu au "programme" de la concession de service public, qui lie l'opérateur privé à chaque étape⁹⁶⁰. Une autre partie de la doctrine considère comme un trait distinctif de la figure, qui la différencierait du contrat de concession de services, non pas la rémunération du service par le droit de le gérer, mais plutôt "des raisons organisationnelles et techniques d'opportunité sociale, ainsi que des raisons évidemment économiques", en effet la notion codifiée de concession de services ne semble pas se référer à ces services destinés au public⁹⁶¹.

La théorie providentielle de la concession de service public a été soutenue par ceux selon lesquels elle serait une mesure d'adhésion à un régime contractuel qui, selon les cas, serait de droit public ou de droit privé⁹⁶². Dans le même ordre d'idées, il est soutenu qu'un acte public est requis "inéliminablement unilatéral" pour la constitution de la relation, avec l'incompatibilité conséquente de l'instrument contractuel⁹⁶³.

On trouve également des références aux contrats accessoires aux mesures et aux contrats de droit public, selon lesquels l'accord fonctionnerait en "exécution" de la mesure.

Enfin et surtout, la perspective de la concession de service public en tant que convention administrative, expression d'une action administrative consensuelle dotée d'un régime public propre, qui mérite d'être approfondie, ne serait-ce que dans une perspective comparative, pour être assimilée à la catégorie du *contrat administratif*.

Comme on le sait, l'entrée en vigueur de l'article 11 de la loi n° 241 de 1990 prévoyait la possibilité pour l'administration de parvenir à une conclusion négociée du pouvoir discrétionnaire avec la partie privée⁹⁶⁴. De nombreux instruments consensuels de droit public, dont les conventions régissant les relations de concession de service public, pourraient se référer au modèle de l'accord administratif. Cette théorie souligne la nécessité d'une fonctionnalisation de la relation sans avoir à recourir à la structure "à deux niveaux"

⁹⁶⁰ Voir G. GRECO, *Pour la reconduction des concessions de services publics à des conventions en lieu et place de la mesure dans la jurisprudence*, voir déjà St. Cons., sec. V, 13 mars 2000, n° 1262.

⁹⁶¹ Dans ce sens, par exemple, voir F. FRACCHIA, *Concessioni amministrative*, cit. p. 260.

⁹⁶² Voir, entre autres, F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di pubblico servizio*, (ed.) F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988.

⁹⁶³ Voir A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, cit. p. 459 et suivantes.

⁹⁶⁴ Voir A. MOLITERNI, *Il regime giuridico concessione di servizi*, *Année XX*, 4 /2012.

de la concession-contrat⁹⁶⁵. L'accord administratif s'avère également utile sur la question de la compétence exclusive, qui est examinée plus en détail dans la prochaine section⁹⁶⁶.

L'article 11 deviendrait la "règle générale sur les accords administratifs" dans laquelle tomberaient "tous les cas consensuels dans lesquels l'administration intervient, non pas en utilisant son autonomie privée, mais dans l'exercice d'un pouvoir fonctionnalisé à la finalité publique indiquée par la règle"⁹⁶⁷.

Il est souligné comment la fonctionnalisation de l'accord à la prise en charge des intérêts publics exclurait que les conventions ou les contrats soient régis par le droit privé, s'ils ne sont pas résiduels⁹⁶⁸. La reconduction des concessions de service public aux accords tenant lieu de mesure, retrouve la forme la plus ancienne d'accord complémentaire à la mesure dans les conventions annexes aux relations de concession⁹⁶⁹. L'

article 11 a été invoqué pour conférer à la concession de service public "cette singularité dont la science juridique a toujours ressenti le besoin"⁹⁷⁰ et qui "implique également une solution satisfaisante au rapport incertain entre le sort de la mesure et la survie du contrat"⁹⁷¹.

Pour une autre partie de la doctrine, cependant, la reconnaissance de l'accord par le législateur ne fait que souligner la différence avec le contrat de concession. Certes, l'article 11 a permis l'inclusion d'un régime juridique propre pour les conventions, également dans le

⁹⁶⁵ Voir A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 567 et suivantes, note l'importance de l'article 11 pour conférer à la concession de service public "cette unicité dont la science juridique a toujours ressenti le besoin" et qui, d'autre part, "comporte également une solution satisfaisante au rapport incertain entre le sort de la mesure et la survie du contrat". Il est fait référence à la section sur la juridiction.

⁹⁶⁶ Ainsi, G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 381 et, plus largement, ID., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Turin, 2003, spéc. p. 155 et suivantes. Pour la reconduction des concessions de service public aux conventions remplaçant la mesure en jurisprudence, voir *Cons. St.*, sec. V, 13 mars 2000, n° 1262, mais aussi récemment *Cass. civ.*, sec. un., 28 juillet 2021, n° 21650.

⁹⁶⁷ Sur ce point, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato*, cit. p. 622 ff.

⁹⁶⁸ Voir aussi G. GRECO, *op. ult. cit.* Sur l'inapplicabilité du droit privé aux accords fonctionnalisés, voir également A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1939, 76.

⁹⁶⁹ Ainsi F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2012, p. 483 ss.

⁹⁷⁰ Sur ce point, voir A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, cit. , spéc. p. 567.

⁹⁷¹ *Ibid.*

sillage du *contrat administratif* français⁹⁷², mais il ne s'agit pas d'un régime général pour les contrats publics et il ne résout pas le débat sur la nature juridique de la concession de service public.

La disposition de l'article 11 est ancrée dans la procédure et présuppose la participation du destinataire privé à l'exécution de l'action administrative, par opposition à l'exercice concret d'un pouvoir discrétionnaire⁹⁷³.

Ce cas ne se présente pas dans la formation du contrat de concession car, alors que l'objet de l'accord administratif est l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, l'objet du contrat est l'acquisition sur le marché d'un service aux meilleures conditions et pour la poursuite d'un intérêt public ou d'un but institutionnel, et n'implique pas la participation à l'enquête administrative⁹⁷⁴.

Le plus souvent, la jurisprudence se contente de souligner le fait que les conventions ne relèvent pas des contrats de droit privé, sans pour autant préciser en quoi elles consistent⁹⁷⁵.

⁹⁷² Voir F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo : studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padoue, 1998 ; et encore A MOLITERNI, *op. ult. cit.*

⁹⁷³ Il existe de nombreuses contributions doctrinales sur le sujet des accords administratifs suite à l'entrée en vigueur de l'article 11 de la loi 241/1990. Se limitant à des travaux monographiques, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milan, 1992 ; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit. ; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Turin, 1997 ; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padua, 1998 ; P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit. ; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Turin, 2001 ; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit. ; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milan, 2004 ; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, Milano, 2004 ; A. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milan, 2004. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale et droit privé*, cit. selon laquelle la donnée normative semble, de ce point de vue, insurmontable : l'article 11 de la loi 241/1990 se trouve en premier lieu dans le chapitre III de la loi qui réglemente la " participation à la procédure " ; mais surtout, l'accord peut être stipulé, conformément à l'alinéa 1 du même article, " en acceptation des observations et des propositions présentées conformément à l'article 10 ", article qui, comme on le sait, réglemente les pouvoirs et les facultés avec lesquels s'exprime la participation des intéressés à la procédure.

⁹⁷⁴ Ainsi A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale et droit privé*, cit.

⁹⁷⁵ Sur ce point, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Turin, 2012, p. 272-273 qui souligne la centralité que la jurisprudence doit acquérir dans la construction du régime des conventions administratives : et ce également à la lumière de l'expérience des *contrats administratifs* où le juge est le véritable " *maître de sa jurisprudence* " en ce qui concerne l'utilisation du droit privé pour reconstruire le régime de ces instruments.

L'article 11 devient un "réceptacle" dépourvu de toute connotation juridique propre, à l'intérieur duquel convergent des relations totalement hétérogènes⁹⁷⁶. De ce point de vue, nombre de contrats de concession, même s'ils sont prétentieusement rattachés à des conventions, continuent à être régis principalement par la discipline contractuelle spécifique et largement complétée par la discipline du Code civil.

En ce qui concerne le régime, dans diverses reconstructions doctrinales, les règles sur l'imputabilité de l'inexécution du contrat coexistent, non sans incertitude, avec les critères qui informent l'exercice correct et raisonnable du pouvoir⁹⁷⁷.

Selon les orientations dominantes, la circonstance de la "fonctionnalisation" de la relation de concession entraînerait, surtout dans la phase exécutive, la présence de pouvoirs publics et de contrôles "exorbitants" par rapport à la réglementation conventionnelle afin d'assurer la meilleure poursuite de l'intérêt public⁹⁷⁸. Et c'est précisément la disposition de tels pouvoirs d'autoprotection, plutôt que l'existence d'un objet public, qui représente le principal obstacle à une reconstruction privée de la

⁹⁷⁶ Ainsi A. MOLITERNI, *op. ult. cit.* met en évidence la diversité des objets, des services et des pouvoirs qui caractérisent l'objet de la convention, par rapport à ceux propres aux contrats, A. MASSERA, *Lo Stato che contratta*, cit. p. 563, qui, cependant, est d'accord avec l'utilisation de la figure de la convention pour la reconstruction des contrats de services et des conventions accessoires aux concessions (p. 567). De ce point de vue, il est aussi parfois soutenu par la jurisprudence que la convention ou le contrat de service aurait remplacé la mesure concessionnaire (voir Tar Piemonte, n° 2750/2010). Or les rapports de concession ont toujours et nécessairement été fondés sur des instruments consensuels : mais nous sommes en dehors du rapport de "substitution" de la mesure unilatérale visée à l'article 11. Ce n'est pas une coïncidence si la même doctrine qui a affirmé pour la première fois et de la manière la plus décisive la traçabilité des concessions de services publics aux accords administratifs, a affirmé qu'"il n'est pas encore suffisamment clair si des mesures administratives capables de modifier et même d'annuler la position contractuelle peuvent survenir au cours de la relation, voire annuler la position contractuelle du "concessionnaire", ou si les contraintes contractuelles constituent une limite insurmontable à l'exercice d'autres manifestations du pouvoir administratif et, dans certaines circonstances, transforment ces dernières en véritables obligations juridiques auxquelles sont corrélés des droits subjectifs parfaits" : donc G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, cit. p. 383.

⁹⁷⁷ Ainsi, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento*, cité, p. 339 ; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni*, cit. spec. p. 576 ; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuelle et droit privé*, cit. spéc. p. 443 sur la portée limitée de l'art. 11 et le (faux) problème de l'objet public.

⁹⁷⁸ Le problème de la "fonctionnalisation" est au cœur des contributions les plus récentes qui ont traité le sujet de la contractualité de l'action administrative : M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milan, 1996 ; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione*, cit. ; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Turin, 1999 ; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padoue, 2008.

relation concessive en général⁹⁷⁹, comme cela sera exploré plus en détail dans le paragraphe suivant ; ainsi que la disposition de la compétence exclusive uniquement pour les concessions de services publics, analysée dans le dernier paragraphe.

5.1. La concession de service public et les pouvoirs d'autodéfense

Les événements relatifs à l'exécution de la concession sont depuis longtemps caractérisés par une certaine spécificité par rapport aux marchés publics, précisément en raison des pouvoirs autoritaires que l'administration peut exercer en raison de l'impact de l'exécution du contrat sur la prestation du service public⁹⁸⁰.

Depuis l'avènement de la spécialisation du droit administratif, il importait en effet de protéger l'administration non seulement contre les dépenses excessives de fonds publics pendant la phase d'attribution de la concession, mais aussi contre le fait d'être liée à l'exécution d'une concession qui s'avérerait par la suite inappropriée pour des raisons d'intérêt général, ce qui lui permettrait de se retirer unilatéralement du rapport obligatoire et, en même temps, de mettre en place un contrôle de l'exécution de l'activité du concessionnaire.

Les événements exécutifs sont donc considérés comme étant imprégnés de l'incidence des pouvoirs publics, ce qui est également justifié par la relation trilatérale entre l'administration, le concessionnaire et les usagers, qui rend l'intérêt public prédominant non seulement au stade de l'attribution, mais aussi au stade de l'exécution et qui différencierait la concession du contrat⁹⁸¹.

Il s'agit sans doute d'un pouvoir très large, qui ne vise toutefois qu'à mettre fin au contrat. Historiquement, en effet, il n'existe pas dans le système juridique italien de pouvoir unilatéral

⁹⁷⁹ Ainsi M. RAMAJOLI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in A. ROMANO-G. PERICU-F. ROVERSI MONACO (eds.), *La concessione di servizio pubblico*, cit., p. 357 ff. souligne la centralité du problème des pouvoirs dans la phase de contrôle dans la reconstruction des concessions.

⁹⁸⁰ Pour ce qui s'est passé dans l'histoire de la science juridique, veuillez vous reporter au deuxième chapitre.

⁹⁸¹ Toutefois, même le fait que le service soit fourni non pas au profit de l'administration, mais au profit de la collectivité, ne semble pas affecter la nature contractuelle de la concession, compte tenu de l'économie du contrat au profit des tiers, telle qu'explorée dans les paragraphes précédents.

de modification pour l'administration concédante, comme c'est le cas dans le système juridique français⁹⁸², mais là encore, même les contingences contractuelles ne sont pas généralement réglementées⁹⁸³.

Ceci a été justifié, avec l'avènement du droit européen, par le fait que l'introduction d'un pouvoir de modification entraînerait le danger que le *par condicio competitorum* soit altéré, vidant la phase publique de son sens. Toutefois, une modification jugée nécessaire par l'administration et respectant l'équilibre économique du contrat ne semble pas délimiter un pouvoir discrétionnaire visant à favoriser un concurrent par rapport à un autre⁹⁸⁴. Par conséquent, permettre des ajustements pendant la phase d'exécution qui ne modifient pas substantiellement l'objet et l'avis de marché serait plus avantageux et plus économique que d'émettre un autre avis ou, comme c'est plus souvent le cas, de laisser la longue concession se terminer sans aucune intervention corrective⁹⁸⁵.

⁹⁸² Ainsi, l'art. L6 du *titre préliminaire* du CCP, qui dans son quatrième paragraphe prévoit que : "l'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat".

⁹⁸³ Un exemple d'événement modifiant le rapport de concession, qui nécessite le consentement de l'administration concédante, est prévu par l'article 176, paragraphe 9, du décret législatif n° 50/2016 en matière de concessions de services et de travaux publics. Cette disposition prévoit l'hypothèse de la reprise par un nouvel opérateur économique (indiqué par les entités de financement du concessionnaire initial) de l'opérateur économique précédent, qui s'est avéré défaillant pendant la phase d'exécution de la relation de concession : la reprise empêche la résiliation de la concession pour cause de défaillance du concessionnaire privé. Cependant, comme déjà mentionné, la prise en charge prend effet à partir du moment où l'A.P. concédante donne son consentement, et à condition que ce droit de prise en charge soit prévu dans les documents d'appel d'offres.

⁹⁸⁴ L'article 44 de la directive 2014/23/UE intitulé "résiliation des concessions" prévoit que : " Les États membres veillent à ce que les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices aient la possibilité, dans les conditions fixées par le droit national applicable, de mettre fin à la concession pendant sa durée, si une ou plusieurs des conditions suivantes sont remplies : a) la concession a subi une modification qui aurait nécessité une nouvelle procédure d'attribution de la concession conformément à l'article 43. En vertu de l'article 176 du décret législatif n° 50/2016, il faut, en effet, distinguer deux hypothèses : celle dans laquelle, une modification substantielle étant intervenue, en vertu de l'article 175, alinéa 8, le pouvoir adjudicateur déclare la concession résiliée ; et celle dans laquelle, une modification substantielle étant intervenue, le pouvoir adjudicateur, en violation de l'article 175, alinéa 8, ne procède pas à la résiliation de la concession. Dans ce dernier cas, la violation des règles relatives à la nécessité d'attribuer une nouvelle concession appelle une intervention d'autoprotection publique, qui prend précisément la forme de l'hypothèse régie par le point c).

⁹⁸⁵ En réalité, même le contrat de droit privé a diverses explications et catégories qui diffèrent de l'archétype du contrat dit de premier type, dans lequel les deux parties sont sur un pied d'égalité : c'est le cas du contrat de deuxième et troisième types, l'un caractérisé par la suprématie d'un contractant en raison de la possession d'une plus grande information et le second entre entrepreneurs par une soi-disant suprématie économique en raison d'une domination sur le marché qui est explicitée non pas en amont

En identifiant les modes d'extinction des concessions, on constate que, comme on le sait, il existe des modes "traumatiques" et non traumatiques⁹⁸⁶ : parmi ces derniers, l'expiration de la durée de la concession joue un rôle principal, de même que l'achèvement du service, ainsi qu'un accord conventionnel de rupture anticipée de la relation négociée⁹⁸⁷. Les moyens dits traumatiques sont, en revanche, la résiliation pour inexécution, la déchéance, le retrait et la révocation pour motif d'intérêt général⁹⁸⁸ ; cette dernière, expression ultime du pouvoir de légitime défense administrative, est, en revanche, exclue pour les marchés publics au profit du retrait⁹⁸⁹.

mais précisément pendant l'exécution du contrat. En considérant que ces contrats sont méritoires et restent à toutes fins utiles des contrats, même s'ils sont corroborés par un document informatif qui accède au premier et dote de nullité protectrice le second, dont la logique de protection sous-jacente est toujours la libre concurrence, on ne comprend pas pourquoi la concession ne pourrait pas être à toutes fins utiles un contrat, protégé des abus de pouvoir discrétionnaire, dans lequel l'administration doit également jouer son rôle en adhérant aux obligations inscrites dans le contrat.

⁹⁸⁶ G. LEONE, La vicenda autostrade : un caso " all'italiana ", Foro Amministrativo (II), fasc.2, 1er février 2021, p. 371.

⁹⁸⁷ Il s'agit du décès, de la faillite, de la disqualification du concessionnaire, de la disqualification anti-mafia et de la dissolution de la société concessionnaire.

⁹⁸⁸ Il s'agit d'une compétence ancienne, incluse dans toute la discipline consacrée aux marchés publics, déjà reconnue dans la loi-cadre sur les travaux publics Art. 37-septies. (Résiliation) 1. Si la relation de concession est résiliée en raison de l'inexécution par le concédant ou si le concédant révoque la concession pour des raisons d'intérêt public, les éléments suivants sont remboursés au concessionnaire (a) la valeur des travaux exécutés augmentée des frais annexes, nette d'amortissement, ou, si l'ouvrage n'a pas encore passé le stade de la réception, les frais effectivement engagés par le concessionnaire ; b) les pénalités et autres frais engagés ou à engager du fait de la résiliation ; c) une indemnité, à titre de compensation du manque à gagner, égale à 10 % de la valeur des travaux restant à exécuter ou de la partie du service restant à exploiter évaluée sur la base du plan d'entreprise. Ainsi incorporé à l'art. du décret législatif n° 163/2006 1. Si la relation de concession est résiliée en raison de l'inexécution par le concédant ou si le concédant retire la concession pour des raisons d'intérêt public, les éléments suivants sont remboursés au concessionnaire (a) la valeur des travaux réalisés augmentée des charges annexes, nette d'amortissement, ou, si l'ouvrage n'a pas encore passé le stade de la réception, les coûts effectivement supportés par le concessionnaire ; b) les pénalités et autres coûts supportés ou à supporter du fait de la résiliation ; c) une indemnité, à titre de compensation du manque à gagner, égale à 10 % de la valeur des travaux restant à réaliser ou de la partie du service restant à gérer évaluée sur la base du plan d'affaires. Enfin, l'actuel article 176 du décret législatif 50/2016, voir *ci-dessous*.

⁹⁸⁹ Le premier Code des marchés publics de 2006 a configuré pour les autorités publiques un pouvoir de retrait et de résiliation dans le domaine des marchés publics. En particulier, l'art. 134 prévoyait la résiliation *ad nutum* des contrats de travaux publics par l'autorité publique ; dans ce cas, l'entrepreneur avait droit au remboursement des travaux exécutés, des matériaux utiles existants et d'un dixième du montant des travaux non exécutés. Selon certains auteurs, la résiliation devrait toutefois s'appliquer également par analogie aux marchés de services et de fournitures, malgré l'omission de la référence à l'art. 297 du décret présidentiel n° 207 de 2010 ; cette dernière règle, en effet, ne se référait qu'à l'application des art. 135 à 140 et non pas également à l'art. 134 en matière de résiliation. L'article 135 prévoyait ensuite le pouvoir privatif de l'AP de résilier le contrat en cas d'infractions constatées et la

Un litige portant sur l'inexécution des obligations de l'une des parties contractantes (concedant ou concessionnaire) peut être constaté et sanctionné par la voie de la résiliation contractuelle privée (*ipso facto* ou judiciaire), ou, telle que reconstruite par la théorie publique, par la mesure autoritaire de la déchéance. Par contre, le caractère inopportun de la préservation du rapport de concession peut donner lieu soit à la mesure de révocation, une mesure administrative, qui se configure comme un acte ordonné en présence d'une évaluation du caractère inopportun de la préservation de la mesure administrative de concession, soit à la déclaration, toujours unilatérale, mais de nature négociée, de retrait de droit civil, qui répond à la même exigence : se retirer de la relation (*cum voluero*), sans être nécessairement soumis à une obligation de motivation et en excluant que le choix soit généré par un manquement que l'autre partie aurait encouru.

En partant, donc, de l'examen des causes d'extinction du rapport de concession précisément à partir du pouvoir de révocation⁹⁹⁰, on a constaté comment celui-ci, bien qu'il ne représente aucun des pouvoirs précipités du juge administratif⁹⁹¹, a été compris au début du XXe siècle comme un privilège et inclus dans la soi-disant autoprotection administrative : ce privilège apparent a cependant produit un privilège réel, car la révocabilité a été étendue aux actes administratifs qui, derrière leur apparence unilatérale, cachaient une substance contractuelle, tout comme de nombreuses concessions⁹⁹².

confiscation du certificat de qualification. de l'inexécution grave du contrat par l'entrepreneur, l'article 136 reconnaissait le pouvoir de l'administration de résilier le contrat : dans ce cas, toutefois, la garantie de contre-expertise était prévue ainsi que le paiement des travaux effectués. Le code de 2006 a configuré cette autodéfense privée de l'administration publique également en référence aux concessions de travaux. En jurisprudence, l'arrêt Cons. St., A.P. du 20 juin 2014, n° 14 a résolu le débat jurisprudentiel en sanctionnant que l'administration publique ne pouvait plus utiliser le pouvoir de révocation, étant donc obligée d'exercer le droit potestatif de retrait qui lui était reconnu par l'ancien article 134 du décret législatif n° 163/2006 (dans la discipline actuelle, l'article 109). La condition préalable tant à la révocation de l'adjudication qu'à la résiliation du contrat est, en effet, l'évaluation différente de l'intérêt public en raison d'événements imprévus, ce qui - étant donné la nature particulière de la disposition relative à la résiliation - excluait, dans les cas en question, l'exercice du pouvoir de révocation prévu à l'article 21 quinquies de la loi n° 241/1990. La ligne directrice est maintenant consolidée, en fait seule la révocation de la sentence est autorisée (voir T.A.R. Latina, sec. I, 04 novembre 2021, n° 599 ; T.A.R. Palermo, (Sicilia) sec. III, 18 octobre 2021, n° 2837).

⁹⁹⁰ Voir pour une analyse du droit vivant A. MOLITERNI, *Administration consensuelle et droit privé*, cit. spéc. p. 316 et suivantes.

⁹⁹¹ B. G. MATTERELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, 53e Conférence des études administratives Varenna, septembre 2007.

⁹⁹² B. G. MATTERELLA, *op. ult. cit. selon lequel l'inclusion de la révocation en cas de légitime défense était due à "une erreur de perspective découlant de l'application de la dogmatique au début du XXe siècle". La révocabilité aurait pu facilement être expliquée en utilisant de manière sélective la*

Actuellement, dans la pratique, la révocation est construite par le règlement de la convention comme une clause de résiliation expresse, car elle attire dans son orbite tout acte unilatéral affectant l'exécution de la relation de concession⁹⁹³.

Non seulement cela, mais si elle est liée par l'accord à un retard d'exécution, alors elle ne partage plus rien du pouvoir de publicité autoritaire de l'article 21 *quinquies* de la loi n° 241/1990 et avec la poursuite de l'intérêt public, si ce n'était pas le cas, l'intérêt public subsisterait dans tout retard et inexécution, et la poursuite de la relation ne pourrait jamais être considérée comme prévalente.

Une comparaison intéressante est celle entre la révocation et la déchéance pour violation du contrat par le concessionnaire, qui avait déjà été qualifiée de mesure administrative par la jurisprudence de l'école classique, bien qu'elle ait été considérée comme dépourvue d'impérativité dégradante, et donc soumise à la juridiction des tribunaux ordinaires.

La déchéance peut également être reconstruite dans une clé discrétionnaire (atechniquement comme "pouvoir" et mesure de déchéance), même si ce même pouvoir consiste en une simple vérification technique de la bonne exécution du rapport. Et dans une clé discrétionnaire et autoritaire est également reconstruit l'acte par lequel l'administration concédante se prévaut de la "clause d'annulation" actuellement déterminée, qui empêche le renouvellement tacite de la concession ; renouvellement qui, en raison du droit européen, ne devrait en aucun cas exister. Toutefois, si l'objet de la déchéance est de constater la défaillance du concessionnaire, il n'y a pas de place pour des appréciations discrétionnaires⁹⁹⁴.

En matière de retrait, comme dans le cadre des marchés publics, l'immanence de l'intérêt public dans la phase exécutive ne déterminerait pas nécessairement la soumission de ce

comparaison avec les actes de droit privé, et notamment en se référant aux actes d'exécution de fonctions privées, comme celles du tuteur ou celles du dirigeant d'une société, mais les termes de comparaison étaient, de manière générique, l'acte unilatéral de droit privé ou le contrat : des actes pour lesquels, évidemment, la révocabilité n'est pas la règle".

⁹⁹³ Cf. Cons. St., sec. V, 22 août 2019, n° 5780, dans le cadre d'un appel d'offres public, le refus de conclure un contrat de concession de service public constitue un élément pouvant justifier la révocation de l'attribution pour des motifs supérieurs d'intérêt général, étant fort d'un préjudice économique et patrimonial pour l'Administration. T.A.R. Genova, (Liguria) sez. II, 26/04/2016, n° 412, qui rappelle que le litige relatif à la révocation de la concession du service public de perception des taxes communales relève - en vertu de l'art. 133 alinéa 1 lett. c) c.p.a. - de la compétence du juge administratif.

⁹⁹⁴ A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'araba fenice' del criterio dell'interesse pubblico*, Giorn. Dir. Amm. 2/2014, spéc. p. 154.

pouvoir au régime des actes administratifs⁹⁹⁵. Il s'agirait d'un impact unilatéral sur la relation qui devrait être reconstruit comme une manifestation spéciale plutôt que publique de la négociation de la partie publique pour protéger le synallagme contractuel lui-même⁹⁹⁶. En effet, à la disposition de l'administration il n'y aurait pas le rapport de concession en tant que tel, mais plutôt le respect de l'équilibre synallagmatique et des implications patrimoniales relatives : comme on l'a effectivement souligné, l'équilibre synallagmatique (économique, européen) agit, en effet, comme une limite à l'exercice des pouvoirs publics⁹⁹⁷.

Par conséquent, au-delà du *nomen iuris*, les hypothèses actuelles de déchéance (et aussi celles de retrait) doivent être interprétées strictement comme l'explication d'un droit potestatif attribué à une partie par la réglementation contractuelle spécifique ou par la loi, conformément à la disposition de l'article 21 *sexies*, loi n° 241/1990.

En substance, il ne s'agit donc pas d'instruments de pouvoir de sanction, mais d'instruments ordinaires de répartition des risques et des coûts contractuels entre les parties⁹⁹⁸.

Sans doute, la législation en vigueur ne permet pas de délimiter un certain cadre de la fin de la relation de concession⁹⁹⁹ et ouvre les voies de recours contractuelles de droit civil mentionnées ci-dessus. Sur le plan terminologique, il faut considérer que l'intitulé de l'art. 176 du code des marchés publics identifie trois modes différents de résiliation de la relation de concession, qu'il qualifie de "résiliation, révocation d'office, résiliation pour inexécution" : la dernière correspondant à une figure typique du droit civil ; l'avant-dernière semble presque destinée à être différenciée d'autres types de révocations, inconnues toutefois de l'interprète ; tandis que la "cessation", plutôt qu'une catégorie juridique, semble être une

⁹⁹⁵ Au contraire, selon une partie de la doctrine, le droit potestatif serait surclassé par l'intérêt légitime ; les manifestations de volonté négociées sont "fonctionnalisées" et donc soumises au régime de la discrétion ; sur ce point F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit. p. 26.

⁹⁹⁶ Voir S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il principio contrattuale*, cit. p. 158, ss. de telles hypothèses seraient également applicables aux accords administratifs.

⁹⁹⁷ Sur ce point, G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, no. 5, p. 993 ss.

⁹⁹⁸ Ainsi F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Le obbligazioni e i contratti, t. 1, Padoue, 2004, p. 63 et suivantes.

⁹⁹⁹ D'autant plus si l'on considère la prolifération de réglementations spéciales, visant à réglementer certains secteurs : par exemple, les concessions autoroutières, approuvées par une seule convention à travers un acte législatif qui implique la possibilité d'exercer ou non le pouvoir de déclarer la déchéance ou la résiliation unilatérale pour inexécution, et qui assimile les effets de la révocation, du retrait et de l'inexécution, voir à ce sujet G. LEONE, *La vicenda autostrade : un caso " all'italiana "*, Foro Amministrativo (II), fasc.2, 1er février 2021, p. 371.

formule descriptive de l'effet commun produit tant par l'exercice du pouvoir de légitime défense que par les autres instruments par lesquels la dissolution du rapport est déterminée. La concession "cesse" dans certaines hypothèses qui sont énumérées de façon exhaustive et qui, en substance, retracent les cas prévus à l'art. 108 en matière de contrats. Dans cet article, il est précisé que la résiliation a lieu par le biais d'une annulation d'office de la sentence, par référence à l'article 21 *nonies* de la loi n° 241 de 1990. De manière encore plus explicite, le paragraphe II de l'article 176 prévoit un régime spécifique pour le cas où " l'annulation d'office dépend d'un vice non imputable au concessionnaire ". Il est donc considéré que, si pour les concessions le phénomène de la "résiliation" est certainement consécutif à l'annulation automatique, une telle discipline opère également pour les cas substantiellement identiques en matière de contrats, visés à l'art. 108. En effet, il n'y aurait pas de raison plausible de faire une discrimination, puisque, dans l'approche de la législation européenne et nationale, les contrats et les concessions partagent la même nature négociée.

Quant à la résiliation pour inexécution, elle est l'expression de l'impact des règles régissant les obligations contractuelles sur la concession¹⁰⁰⁰, en effet, les règles de droit civil sur l'imputabilité de l'inexécution s'appliquent souvent dans la phase d'exécution de la relation¹⁰⁰¹, comme l'affirment également de nombreux arrêts du juge administratif¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ Au point de relever de la compétence du juge ordinaire selon une récente tendance préjudicielle : voir T.A.R. Roma, section III, 01 décembre 2020, n° 12826. selon laquelle la compétence des tribunaux ordinaires en matière d'"indemnités, redevances et autres contreparties" s'étend aux questions relatives à l'exécution et à l'inexécution des concessions de services publics (ainsi qu'à la construction et à la gestion des ouvrages publics), ainsi qu'aux conséquences des indemnités, puisqu'il s'agit d'un rapport d'égalité entre les parties, sans préjudice de la compétence exclusive de l'A.G. dans les cas où les parties sont mises en cause par la Cour de justice. A. dans les cas où sont contestés des actes d'exercice de pouvoirs autoritaires caractérisés par la loi, tels que ceux immédiatement constitutifs, modificateurs et extincteurs de la relation de concession. Pour plus d'informations sur cette question, voir le paragraphe suivant.

¹⁰⁰¹ Également Cons. St., n° 9347/2010.

¹⁰⁰² Ainsi, l'article 133, alinéa 1, lett. a), n° 1 du Code de procédure civile, qui attribue à une compétence exclusive les litiges portant sur " la formation, la conclusion et l'exécution de conventions complétant ou remplaçant des mesures administratives et de conventions entre administrations publiques ". Elle met en évidence des profils qui laissent perplexe, surtout en ce qui concerne la compatibilité constitutionnelle de la règle, comme l'a fait récemment M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 27 et suivantes. Sur le risque d'abrogation tacite, voir F. FRACCHIA, *Concessions administratives*, précité, p. 271. Sur ce point, S. GIACHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 520 ss. souligne que la reconduction des contrats accessoires aux conventions à l'institution de l'accord administratif aurait éliminé la règle énoncée à l'art. 5 de la loi n. 1034 du 6 décembre 1971 au sujet de la répartition des compétences en matière de concessions de services publics.

Toutefois, compte tenu de l'existence d'un manquement dont la constatation relève du droit commun, le pouvoir de sanction discrétionnaire se grefferait sur la relation contractuelle afin d'assurer une meilleure poursuite de l'intérêt public¹⁰⁰³.

C'est précisément l'impact d'une prétendue puissance publique sur la structure obligatoire de la relation qui rendrait spéciale l'imbrication du droit privé, dans le contrôle de l'exécution, et du droit public, sur la fonction du contrat. Dans cette perspective, la résiliation anticipée de la relation pour cause d'inexécution est jugée, également sur la base du principe de raisonnable, au regard des raisons d'intérêt général, et le jugement sur les faits d'inexécution est filtré par le jugement sur l'obligation de motivation de la mesure de résiliation, qui n'est prévue qu'en cas de révocation.

Outre ces hypothèses, le législateur a ouvert d'autres cas de régime privé ; en effet, le Code des marchés publics a prévu que, en cas de résiliation de la concession pour des raisons imputables au concessionnaire, le régime de droit civil décrit à l'article 1453 du Code civil s'applique.¹⁰⁰⁴ Toutefois, avant d'engager une action de résiliation, l'administration concédante doit en informer le concessionnaire et les entités de financement, qui peuvent indiquer un opérateur économique successeur répondant aux exigences nécessaires énoncées dans l'avis¹⁰⁰⁵. Si l'administration concédante devait en tout état de cause attendre l'issue de la décision judiciaire constitutive de la dissolution de la relation (conformément à l'économie de l'article 1453 du code civil), on voit mal comment elle pourrait assigner à l'entité de financement un terme extrajudiciaire pour remplacer le concessionnaire défaillant, à l'expiration duquel le contrat semble destiné à être dissous, sauf à attribuer ainsi à l'entité de financement le pouvoir de décider de son sort dans l'attente de la décision du juge¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ Également sur la base de la donnée normative de l'art. 14 de la prélegislation, dans laquelle l'exercice de la puissance publique est destiné, et autorisé, uniquement pour la poursuite de l'intérêt public.

¹⁰⁰⁴ Ainsi, le commentaire de R. CANTONE - F. CARINGELLA, Commentaire de l'article 176 du décret législatif n° 50/2016, selon lequel, grâce également à la référence généralisée à la discipline de droit civil faite par l'article 30 du code des contrats, il semble raisonnable de reconnaître aux administrations des marges d'autonomie de négociation beaucoup plus larges que celles qui leur sont apparemment attribuées par l'article 1453 du code civil italien, dont se prévaloir pour introduire dans les contrats de concession des clauses de résiliation expresses et des clauses essentielles, de manière à concilier l'intérêt d'un remplacement rapide du concessionnaire défaillant avec celui de la fourniture ininterrompue des services publics essentiels.

¹⁰⁰⁵ Pour autant que ce droit leur ait été accordé au préalable dans l'appel d'offres.

¹⁰⁰⁶ Ainsi R. CANTONE - F. CARINGELLA, *cit.*

La fin du rapport de concession entraîne d'autres conséquences, autour desquelles s'est développé un discret débat jurisprudentiel et doctrinaire : par exemple, en ce qui concerne la pénalité, une première orientation¹⁰⁰⁷ a reconnu le droit de l'Administration de demander des pénalités en raison de l'existence d'un accord complémentaire au rapport de concession¹⁰⁰⁸, agissant comme une sanction pour protéger l'intérêt public violé et comme une mesure préventive de compensation des dommages dus à l'inexécution ou au retard dans l'exécution.

Une deuxième ligne directrice¹⁰⁰⁹, en revanche, a refusé à l'administration le droit de recevoir le paiement de la pénalité de retard, considérant que la pénalité ne pouvait pas découler de la simple adhésion unilatérale du concessionnaire à des clauses contenues dans un règlement et non prévues dans un texte contractuel. Cette dernière orientation a donc opté pour la nullité de la demande de paiement pour non-respect de la forme écrite de la convention¹⁰¹⁰.

Dans d'autres cas, toutefois, l'exigence formelle est réputée satisfaite s'il existe un endossement exprès et écrit par le concessionnaire de la réglementation de l'autorité locale concernant les sanctions de nature négociée¹⁰¹¹.

Alors que l'objectif des clauses pénales civiles serait de liquider le dommage à l'avance et d'inciter à l'exécution de l'obligation, dans le contexte des contrats de concession, la pénalité n'aurait qu'une fonction coercitive indirecte, car elle serait indépendante de l'existence ou non d'un dommage réel, opérant dès que la violation se produit¹⁰¹².

L'adoption de sanctions, bien que considérée comme l'expression d'un pouvoir discrétionnaire, serait en tout cas subordonnée à l'établissement d'une infraction imputable au concessionnaire et d'un dommage effectivement causé à l'administration. Toutefois, si

¹⁰⁰⁷ Voir Cass. Civ. n° 25380/2019, Cass. Civ. n° 25849/2019, Cass. Civ. n° 5492/2015.

¹⁰⁰⁸ Ceci est dû à la condition éventuelle de l'octroi de la concession à l'acceptation des clauses contenues dans le règlement, qui sont considérées comme pleinement opérationnelles dans la relation complexe, telle que celle d'une concession.

¹⁰⁰⁹ Voir également Cass. Civ. n° 10730/2020 et n° 18904/2020.

¹⁰¹⁰ Sur cette reconstruction, voir A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'araba fenice del criterio dell'interesse pubblico*, Giorn. Dir. Amm. 2/2014.

¹⁰¹¹ Il en résulte que ce mode de stipulation n'est pas étranger aux dispositions de l'article 17 de la loi comptable de l'État, voir Cassation civile, section III, 14 septembre 2021, n° 24704.

¹⁰¹² Lorsque la concession est résiliée en raison d'un manquement du concessionnaire, le régime de droit civil décrit à l'article 1453 du code civil s'applique : les règles de procédure sont très détaillées et, contrairement aux règles de fond, ne se retrouvent pas dans les règles de droit civil Cassation civile, section II, 29 février 2016, n° 3940.

une telle preuve objective ne peut être écartée, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire est niée.

En résumé, il semble difficile de concilier, dans le cadre d'une même relation contractuelle, l'application pleine et entière des règles de droit civil relatives à l'imputabilité de la violation, à la preuve du dommage causé et à la proportionnalité de la sanction, avec la légitimité d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration publique de révoquer ou d'appliquer une sanction "publique".

La prévision de l'exécution contractuelle (lett. de l'inexécution) entre inévitablement en conflit avec la reconnaissance d'un pouvoir qui peut être activé sur la base d'hypothèses même différentes de celles du contrat et qui, surtout, est soumis au contrôle du juge sur la base de critères et de paramètres autres que ceux visant à vérifier l'existence de l'inexécution et la justesse de négociation du comportement assumé.

Par essence, le concessionnaire de service public est donc titulaire d'un faisceau de relations de droit commun (droits et obligations), auxquelles l'administration correspond comme autant de situations juridiques de droit commun. Or, les événements concernant la phase exécutive de la concession, notamment celle du service public en raison de la compétence exclusive examinée dans la section suivante, bien que dominés et imprégnés en pratique par les règles régissant les obligations contractuelles telles qu'elles sont énoncées dans le Code civil, sont encore largement liés, dans de nombreuses jurisprudences et reconstructions doctrinales, aux événements du pouvoir discrétionnaire¹⁰¹³.

5.2. La concession de service public et la répartition des compétences

La disposition réglementaire de la juridiction administrative spéciale pour la concession de service public semble attribuer une spécificité à l'institution par rapport à la concession de service européenne¹⁰¹⁴.

¹⁰¹³ Ainsi A. MOLITERNI, *op. cit.*

¹⁰¹⁴ C'est l'article 133 c.p.a. lett. c) : "La compétence exclusive du juge administratif, sans préjudice d'autres dispositions de la loi, est réservée aux litiges sur les services publics relatifs aux concessions de services publics, à l'exclusion de ceux relatifs aux indemnités, redevances et autres contreparties, ou relatifs aux mesures adoptées par l'administration publique ou par le gestionnaire d'un service public dans le cadre d'une procédure administrative, ou relatifs à l'affectation d'un service public, et à la surveillance et au contrôle du gestionnaire, ainsi que relatifs à la surveillance du crédit, des assurances

Comme on le sait, l'introduction de la compétence exclusive de la juridiction administrative remonte aux années 1930 pour les litiges relatifs aux droits subjectifs en matière d'emploi public¹⁰¹⁵, et c'est avec la création des tribunaux administratifs régionaux, dans les années 1970, que tous les litiges relatifs aux concessions de biens ou de services publics, qui ne concernent pas exclusivement les redevances et autres contreparties¹⁰¹⁶, relèvent de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

La *justification* de l'attribution d'une compétence exclusive a traditionnellement été identifiée dans la particularité des litiges concernant des droits subjectifs dans lesquels l'administration publique est néanmoins partie, étant donné l'importance publique des intérêts en jeu et la nécessité d'appliquer une réglementation spéciale, de nature administrative, dérogeant au droit commun et visant à protéger les intérêts légitimes en cause¹⁰¹⁷. En effet, dans la compétence exclusive, il existe un lien indissoluble, un nœud

et du marché des valeurs mobilières, des services pharmaceutiques, des transports, des télécommunications et des services publics". En doctrine sur ces profils, voir F. FRACCHIA, La distinzione fra le concessioni di servizio pubblico e di opera pubblica, in PERICU-ROMANO-SPAGNUOLO VIGORITA, a cura di, La concessione di pubblico servizio, Milano, Giuffrè, 1995, p. 210 ; plus récemment F. MASTRAGOSTINO, I profili processuali comuni ai vari istituti, in ID, La collaborazione, p. 83, distingue les événements exécutifs de la concession de service public, qui, dans la mesure où ils affectent un service, seraient caractérisés par des profils propres à la nature spéciale du contrat de concession, avec prévalence de l'élément public en cas d'impact sur le bien public. Sur ce point, A. MOLITERNI, *La concessione di lavori*, cit. qui souligne comment le critère d'attribution de la compétence exclusive n'est pas effectivement reflété dans le code des marchés publics, où les règles spéciales réglementant la compétence en matière de procédures d'adjudication, ainsi que les dispositions concernant les transactions et l'arbitrage, ont prévu des critères d'attribution généraux applicables à chaque marché public concernant les travaux, les services et les fournitures (*c'est-à-dire* les articles 208 et 209 du code des marchés publics).

¹⁰¹⁵ C'est-à-dire le décret royal n° 2840 du 30 décembre 1923, ultérieurement fusionné dans le décret royal n° 1054 du 26 juin 1924 - Loi consolidée sur le Conseil d'État, voir ch. I. Entre autres, voir, sur l'institution en général, F. SATTA, *Jurisdiction exclusive (ad vocem)*, in Enc. dir., Milano, 2001, Agg., V, 594 ss ; P.M. VIPIANA, Jurisdiction administrative exclusive, in Dig. disc. pubbl., Torino, 1991, VII, 440 ss ; A... ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in Dir. proc. amm., 2004, 417 ss.

¹⁰¹⁶ Il s'agit de l'article 5 de la loi n° 1034 du 6 décembre 1971. Pour plus de détails sur le sujet avant les années 1990, veuillez vous reporter au deuxième chapitre.

¹⁰¹⁷ Ceci est lié à la thèse de l'existence d'un principe constitutionnel de pluralité de juridictions, voir à ce sujet E. CASTORINA, *Unità e pluralismo giurisdizionale alla prova del diritto europeo*, Federalismi.it, 30 juin 2021, selon lequel cette pluralité fait partie de l'identité constitutionnelle italienne, mais pas la discipline de l'alinéa 8 de l'article 111 de la Constitution, qui limite le recours à la Cour de cassation contre les arrêts du Conseil d'État aux "motifs relatifs à la compétence". La question récemment posée par les Sections unies, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'UE (ordonnance n° 19598/2020) soulève la question de savoir si le dispositif consacré par cette dernière disposition constitutionnelle peut constituer une violation de l'article 47 de la Charte des droits

gordien, entre les droits subjectifs et l'intérêt légitime, une situation subjective affectée par l'exercice du pouvoir autoritaire de l'administration.

Depuis les années 1990¹⁰¹⁸, en revanche, on assiste à une fréquente attribution *ex lege* de la compétence exclusive au juge administratif pour des blocs de matières¹⁰¹⁹, sans donc accorder d'importance à la situation subjective lésée, qu'il s'agisse d'un droit subjectif ou d'un intérêt légitime, et la compétence du juge administratif est également étendue aux matières patrimoniales consécutives, pouvant ordonner dans les litiges relatifs à ces matières également la réparation des dommages, bien que par le biais d'une forme spécifique de réintégration¹⁰²⁰.

Le législateur italien prévoit une sorte de répartition de l'inspiration en *bloc des compétences* à la française, en violation du principe constitutionnel selon lequel la compétence exclusive doit être confiée aux matières sur lesquelles l'administration agit en exerçant un pouvoir d'autorité et qui mettent en jeu (également) des intérêts légitimes¹⁰²¹.

fondamentaux de l'Union dans des domaines régis par le droit européen, en l'occurrence, la passation des marchés publics.

¹⁰¹⁸ 440 de 1978 ; 35 de la loi n° 47 de 1985 ; 11 de la loi n° 210 de 1985) - a été considérablement élargie à partir de cette année-là en envisageant la contestation des actes des autorités administratives dites indépendantes (articles 33 de la loi n° 287 de 1990 ; 7 du décret législatif n° 74 de 1992 ; 10 de la loi n° 109 de 1994 ; 2 de la loi n° 481 de 1995 ; 1 de la loi n° 249 de 1997) ainsi que celle des accords entre les parties privées et l'administration publique (articles 11 et 15 de la loi n° 241 de 1990 ; loi n° 537 de 1993). 537 de 1993) ; mais une telle extension ne leur semble pas contraire à un quelconque paramètre constitutionnel puisque, observent-ils, elle reste limitée à des litiges spécifiques caractérisés non par une pertinence publique générique mais par l'imbrication de situations subjectives qualifiant des intérêts légitimes et des droits subjectifs.

¹⁰¹⁹ Ainsi, le gouvernement, exerçant la délégation parlementaire conférée par la loi n° 59 du 15 mars 1997, a pris le décret législatif n° 80 du 31 mars 1998, dont les articles 33, 34 et 35 ont ensuite été reformulés par la loi n° 205 du 21 juillet 2000. 205, abandonnant le critère du "nœud gordien inextricable" reconnaissable dans les litiges spécifiques liés à l'intérêt général pour adopter celui des "blocs de sujets", dans lequel "l'enchevêtrement des droits subjectifs et des intérêts légitimes ne doit pas être recherché dans les différents types de litiges individuels mais dans l'attitude de l'action de l'administration publique dans des secteurs déterminés, même très étendus, caractérisés par une présence significative de l'intérêt public".

¹⁰²⁰ Le pouvoir du tribunal administratif d'ordonner le paiement de dommages et intérêts, tant en matière contractuelle que non contractuelle, a été prévu pour la première fois à l'article 35 du décret législatif n° 80 de 1998.

¹⁰²¹ Dans cette perspective, il a été noté que l'article 103, paragraphe 1, de la Constitution, dans la mesure où il prévoit que "Le Conseil d'Etat et les autres organes de justice administrative sont compétents pour la protection contre l'administration publique des intérêts légitimes et, dans les matières particulières indiquées par la loi, également des droits subjectifs n'a pas conféré au législateur ordinaire un pouvoir discrétionnaire absolu et inconditionnel dans l'attribution au juge administratif des matières dévolues à sa compétence exclusive, mais lui a accordé le pouvoir d'indiquer des matières "particulières", par rapport à celles déjà dévolues à la juridiction générale de légitimité, dans lesquelles la protection contre l'administration publique concerne "également" des

Cet abus a nécessité l'intervention de la Cour constitutionnelle¹⁰²², qui a réaffirmé que la compétence exclusive présuppose l'exercice d'un pouvoir administratif, avec l'émergence correspondante pour le particulier d'une situation d'intérêt légitime, bien qu'en référence à des cas complexes dans lesquels les positions de droit subjectif sont "également" prises en considération¹⁰²³. Inversement, la compétence de la juridiction administrative ne peut être fondée exclusivement sur la donnée objective de l'identification d'une question spécifique considérée, en général, comme étant d'intérêt public¹⁰²⁴.

S'agissant spécifiquement de la matière des services publics, dont les limites sont incomplètement délimitées, la Cour constitutionnelle a censuré la règle au motif qu'elle présuppose un critère d'attribution à la compétence exclusive du juge administratif qui méconnaît totalement la nature des situations juridiques subjectives en cause, en ancrant inadmissiblement la compétence administrative sur la donnée purement objective de l'implication normale de l'intérêt public dans un secteur déterminé. Dans l'ordre juridique italien, il n'y aurait pas de possibilité d'étendre la compétence administrative exclusive au-delà des cas où le secteur identifié est conforme, au moins, à un régime juridique dérogatoire au droit commun, qui, en raison de l'étendue et de l'hétérogénéité des sphères embrassées, ne semble pas configurable pour la matière des services publics ; il ne serait pas non plus possible de tracer dans l'ordre constitutionnel une délégation en blanc au législateur ordinaire pour identifier les matières de compétence exclusive¹⁰²⁵.

L'attribution sans discernement de droits subjectifs à la juridiction administrative, outre la création progressive d'un droit civil spécial, violerait également l'article 3 de la Constitution,

droits subjectifs. Voir A. SANDULLI, *La tutela giurisdizionale "nelle controversie in materia di pubblici servizi"*, in Riv. trim. dir. pubbl. com., 2001, p. 79 et s. sur le régime antérieur à la prise de position de la Cour constitutionnelle.

¹⁰²² Cour constitutionnelle n° 204 des 5-6 juillet 2004.

¹⁰²³ Voir l'article 103 de la Constitution, selon lequel les organes de justice administrative sont compétents pour la protection contre les autorités publiques des intérêts légitimes *et*, dans des matières particulières indiquées par la loi, *également* des droits subjectifs.

¹⁰²⁴ Il en résulte, selon la Consulta, que l'attribution à la juridiction administrative d'un litige donné ne peut en aucun cas faire abstraction de l'appréciation de la situation juridique subjective concrète en cause. En revanche, pour violation des articles 22, 102 et 103 de la Constitution italienne, les alinéas 1 et 2 de l'article 33 du décret législatif n° 80 du 31 mars 1998, tel que remplacé par l'article 7, alinéa 1, lettre a) de la loi n° 205 du 21 juillet 2000, sont inconstitutionnels dans la mesure où ils prévoient que "tous les litiges concernant les services publics" sont dévolus à la compétence exclusive du juge administratif.

¹⁰²⁵ La Cour constitutionnelle reprend les arguments déjà partagés par le Conseil d'État (section V, n° 2440 de 1999) et la Cour de cassation (sections communes n° 5640 du 18 avril 2002).

en termes de violation du principe d'égalité - pour la création d'une position de privilège de l'administration publique - ainsi que du principe de raisonnable, en créant un "double emploi inutile" de la juridiction ordinaire.

Cette approche est très différente de celle du système français, où le Conseil constitutionnel a affirmé que l'un des principes fondamentaux est que, " à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, le contentieux de l'annulation et de la réforme des actes administratifs constituant l'expression des pouvoirs publics appartient en dernier ressort à la compétence du juge administratif "¹⁰²⁶ ; et le juge administratif se voit confier la compétence de l'action publique tant au moment de l'autorisation qu'au moment de la parité.

Contrairement au système juridique français, en effet, dans le système juridique italien, il n'y a jamais eu de compétence étendue du tribunal administratif pour tous les litiges concernant les contrats administratifs¹⁰²⁷ et il n'y a pas non plus de "*Tribunal des conflits*" *superpartes* prévu par le système juridique pour régler les questions de compétence entre les tribunaux ordinaires et administratifs¹⁰²⁸.

Ainsi, la Cour constitutionnelle a stoppé le critère d'attribution par blocs de matières, mais a laissé en suspens le problème de la qualification juridique des instruments et des pouvoirs de l'administration et donc des positions juridiques subjectives en cause¹⁰²⁹.

¹⁰²⁶ N. FOULQUIER - F. ROLIN, *Constitution et service public*, Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n° 37 (dossier : le conseil constitutionnel et le droit administratif) - octobre 2012.

¹⁰²⁷ Sur le sujet, entre autres Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, op. cit. p. 404 souligne l'extension problématique de la compétence des tribunaux ordinaires sur les contrats de droit privé concernant les marchés publics avant l'entrée en vigueur du *Code de la commande publique*.

¹⁰²⁸ Sur le rôle du *Tribunal des conflits*, voir le premier chapitre.

¹⁰²⁹ La Cour constitutionnelle, 6 juillet 2004, n° 204 a explicité la règle de la répartition des compétences consacrée par l'art. 103 de la Constitution, commentée par L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva : la Corte Costituzionale ridisegna l'ambito*, in Dir. proc. amm. 2005, p. 214 et s. ; F. SATTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani : la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, in Foro amm. Cons. St, 2004, no 7/8, p. 1903 ; F. G. SCOCA, *Survival of exclusive jurisdiction*, in Giur. cost., 2004, p. 2209 et seq. Dans un sens critique, également en référence à la réévocation du concept d'autorité en matière de services publics, B. G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta ed il rilievo dell'attività amministrativa*, in Gior. dir. amm., 2004, p. 974 ; A. PAJINO, *Giurisdizione esclusiva ed arbitrato costituzionale*, in Gior. dir. amm, 2004, p. 983 ; L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte : il diritto amministrativo nella sentenza n.204/2004 della Corte Costituzionale*, in For. amm. - Tar, 2004, no. 12 (suppl.), p. 119 ff. La même logique a été suivie au sujet de la division de la compétence en cas d'expropriations : Corte Cost. no. 191/2006), également en vertu de l'art. 53 du décret présidentiel no. 327/2001, s'inspirant du principe de concentration des jugements, a attribué une importance décisive aux mesures imposant la contrainte préordonnée à l'expropriation et à celles ordonnant la déclaration d'utilité publique, de sorte que, une fois activée la procédure caractérisée par l'exercice de la puissance publique, la compétence administrative exclusive subsiste à l'égard de tous les actes et comportements qui en découlent et de tout litige qui en découle.

Suite à l'arrêt constitutionnel, la latitude de la compétence exclusive du tribunal administratif a été (grossièrement) précisée, selon une formulation qui est restée substantiellement intacte jusqu'à l'actuel Code de procédure administrative¹⁰³⁰, de manière à inclure, pour ce qui nous intéresse ici, non pas tous les litiges concernant les services publics, mais plutôt les litiges relatifs aux concessions de services publics, à l'exclusion de ceux portant sur les indemnités, redevances et autres contreparties, ou relatifs aux mesures adoptées par l'administration publique ou le gestionnaire d'un service public dans le cadre d'une procédure administrative, ou relatifs au mandatement d'un service public et à la surveillance et au contrôle du gestionnaire¹⁰³¹. Les litiges dans lesquels sont invoquées des atteintes aux droits subjectifs et aux intérêts légitimes.

Actuellement, le critère général de la division est animé par une double donnée normative, contenue dans le code de procédure administrative : l'article 133(c), concernant le service public dans sa totalité, et l'article 133(e), concernant uniquement la phase de confier par le biais de marchés publics (également) des services¹⁰³². Cette dualité de la donnée normative

¹⁰³⁰ Voir le décret législatif n° 104 du 2 juillet 2010 (art. 133(1)(c)).

¹⁰³¹ Voir L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva : la Corte costituzionale ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss ; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. CdS*, 2004, pp. 1908 ss ; F. Satta, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani : la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, op. cit. pp. 1903 ss ; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 et s. ; C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004 : il ritorno al "nodo gordiano" diritti-interessi*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 2237 ss. ; M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro : il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1, pp. 1230 ss. ; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo : un istituto che ha esaurito le sue potenzialità ?* in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 3, p. 799 ; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 1, 2598 ss. Voir aussi Corte Cost., 11 mai 2006, n° 191, in *Giur. cost.*, 2006, 1921, avec une note de S. LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediatemente riconducibili all'esercizio del potere pubblico : un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studi della giustizia amministrativa italiana*, *ivi*, 1935 ss, dans laquelle il a été dit que "Conformément aux principes énoncés par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 204 de 2004, la dévolution à la compétence exclusive du juge des litiges relatifs à des comportements liés à l'exercice, même illégitime, d'une puissance publique doit être considérée comme conforme à la Constitution, tandis que la dévolution à la compétence exclusive du juge des comportements en l'absence de pouvoir ou par simple fait doit être déclarée constitutionnellement illégitime". Sur ce point, en matière de services de gestion des déchets, voir également Corte Cost., 5 février 2010, n° 35, in *Giur. cost.*, 2010, 432, avec une note de F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, op. cit., 439 et s. ainsi que R. CROCE, *Sui confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, op. cit., 445 et s. ainsi que Corte Cost., 12 mai 2011, n° 167, in *Giur. cost.*, 2011, 2213.

¹⁰³² Art. 133 du décret législatif n° 104 du 2 juillet 2010 (Code de procédure administrative).

conduit à des interprétations théoriques qui tantôt élargissent¹⁰³³, tantôt rétrécissent le concept de service public, sapant ainsi la sécurité juridique, comme nous le verrons *plus loin*. Les dispositions d'autres données normatives rendent confus le cadrage de la compétence exclusive en matière de contrats publics, puisque les normes du code du procès coexistent avec une série de dispositions spéciales concernant d'autres rapports de négociation publique et pour ces rapports aussi les litiges dans la phase exécutive sont attribués au juge administratif : par exemple, l'article 11 de l. 241/1990 attribue expressément à cette juridiction la compétence de tous les litiges concernant les accords administratifs, à n'importe quel stade, et a été jugée conforme par la Cour constitutionnelle en raison du statut public de l'accord, qui, qu'il remplace ou complète la mesure, est une expression médiate de la puissance publique¹⁰³⁴ ; l'article 7 du Code de procédure civile, sur la base de la théorie du substantial *petitum*, semble consacrer un critère d'attribution en fonction de la nature juridique des relations établies avec l'Administration¹⁰³⁵.

Pour en revenir au Code des marchés publics, le critère de répartition adopté repose sur une distinction entre la phase de preuve publique, confiée au juge administratif, et la phase contractuelle, d'interprétation et d'exécution, attribuée au juge ordinaire. Une zone d'ombre persiste en ce qui concerne le juge de la phase de conclusion du contrat, en raison tant de la rareté de la législation en vigueur, comme prévu au paragraphe précédent, que de l'interprétation non univoque de la jurisprudence.

Comme prévu, la jurisprudence fonde la phase publique, basée sur les règles d'action, sur les événements ultérieurs d'exécution, y compris ceux de nature compensatoire, puisqu'ils sont

¹⁰³³ Voir Conseil de justice administrative pour la région de Sicile (section juridictionnelle), arrêt n° 935 du 16 octobre 2020 Compte tenu de la double perspective dans laquelle le cas de la concession peut être interprété, la règle procédurale relative à l'étendue de la compétence exclusive énoncée à l'article 133, alinéa 1, lettre c) du code de procédure civile. renvoie, précisément en raison de la logique de l'institution des concessions de droit public, qui comprend la phase exécutive, à cette institution lorsque la discipline de la concession de services dérivée de l'Union européenne épuise sa mission dans la procédure d'adjudication, ne méritant donc pas d'être incluse dans la compétence exclusive visée à l'article 133, alinéa 1, lettre c), du code de procédure civile et relevant ainsi du champ d'application plus limité de la lettre e) ci-dessous. Dans le cas présent, la qualification en termes de concession de service public a été faite en termes généraux, en se basant sur le concept de service public, et non sur les paramètres économiques de risque d'exploitation qui caractérisent le concept des concessions de service public d'origine euro-unioniste. Elle est donc justifiée par l'attribution de la connotation concessionnaire typique de la tradition italienne, ce qui entraîne une compétence administrative exclusive pour les litiges y afférents.

¹⁰³⁴ A ce sujet, G. GRECO, *Accords administratifs*, cit. p. 277 et suivantes.

¹⁰³⁵ Voir V. CERULLI IRELLI, *Administration publique et droit privé*, cit. p. 207, selon lequel le champ de la juridiction administrative est celui des litiges de droit public.

liés à la procédure administrative menant à l'attribution, ou en raison de la présence d'un service public.

Ainsi, la jurisprudence a parfois considéré que la compétence du juge administratif tend également à s'étendre à l'ensemble de la phase d'exécution, à l'exception des questions purement pécuniaires qui ne mettent en jeu aucun aspect du contenu de la relation de concession¹⁰³⁶. Dans cette perspective, il a été soutenu que la compétence de la juridiction administrative existe chaque fois que survient un litige qui met en cause la relation elle-même dans son aspect génétique et fonctionnel du point de vue du bon accomplissement des droits et obligations respectifs de l'Administration et du concessionnaire, puisque l'exercice de pouvoirs autoritaires et discrétionnaires par la première est de toute façon pertinent dans de tels cas¹⁰³⁷.

En revanche, une position différente s'est dégagée plus récemment, selon laquelle les litiges relatifs à la phase d'exécution d'une concession doivent être dévolus à la compétence des tribunaux ordinaires, puisqu'il appartient à ces derniers de juger de l'exécution exacte des droits et obligations réciproques des parties et de leurs effets¹⁰³⁸.

¹⁰³⁶ Le prononcé des Sections unies de la Cour de cassation, antérieur même au code de procédure administrative, était lapidaire en affirmant que " les litiges relatifs aux indemnités, honoraires et autres contreparties réservés, en matière de concessions administratives, à la compétence du juge ordinaire sont ceux qui sont marqués par un contenu purement patrimonial, relevant des rapports internes entre les P.a. le concédant et le concessionnaire de l'immeuble, dont le contenu se prête à être schématisé selon le binôme " obligation-créance ", sans qu'aucune signification ne soit attachée à un pouvoir d'intervention réservé aux pouvoirs publics pour la protection des intérêts généraux, voir Cassation civile, Sec. un., n° 21597 du 4 septembre 2018.

¹⁰³⁷ Voir Cass. civ., sez. un., 9 août 2018, n° 20682, in *Foro it.*, 2018, I, 3539, avec une note d'A. TRAVI, dans laquelle un litige portant sur l'inexécution d'obligations mutuelles déduites d'un contrat de concession a été porté devant le juge administratif. À cette occasion, la juridiction compétente a jugé que les litiges relatifs à la durée du rapport de concession ou à l'existence même de ce rapport ou au renouvellement de la concession doivent être dévolus à la connaissance du juge administratif, avec extension à toutes les positions subjectives dont la reconnaissance postule l'identification du contenu du rapport de concession et à l'exclusion, inversement, des questions relatives à la rémunération du concessionnaire qui n'ont pas d'implications directes sur le contenu de la concession. Les Sections civiles unies de la Cour de cassation dans l'arrêt n° 22357 du 26 septembre 2017 confirment la compétence exclusive du juge administratif. Au contraire, la Cassation civile, section un., 18 juin 2020, n° 11867, a jugé que les litiges portant uniquement sur la nouvelle détermination des redevances de concession, en application d'une disposition réglementaire impérative, dues pour la concession de l'usage d'un bien public, relèvent de la juridiction ordinaire, car ils concernent des droits subjectifs à contenu patrimonial.

¹⁰³⁸ Cons. St., sec. III, 2 décembre 2020, n° 7646. Toutefois, également dans le panorama de la jurisprudence administrative, il y a eu récemment une position "novatrice" selon laquelle les litiges concernant l'exécution exacte du rapport de concession doivent être dévolus à la compétence du juge ordinaire, précisément parce qu'ils se situent dans la phase privée de l'exécution du rapport de concession, sans l'exercice d'un pouvoir autoritaire : voir à cet effet Cons. St., 2020, 806, rendue dans une affaire où un litige concernant la résiliation

En ce sens, la compétence de la juridiction administrative dans la phase exécutive ne resterait ferme que dans les cas où l'Administration, après l'attribution définitive, intervient avec des actes autoritaires affectant la procédure de sélection du concessionnaire¹⁰³⁹. En revanche, dans les cas où le *petitum* substantive, qui anime un litige en matière de concessions, concerne la constatation de l'exécution correcte des obligations assumées par les parties dans le cadre du rapport de concession, également aux fins de la réparation des dommages, il n'y aurait pas d'exercice d'un quelconque pouvoir, avec la compétence conséquente du juge ordinaire, puisque la matière concerne des droits subjectifs revendiqués sur un pied d'égalité par le concessionnaire privé contre l'Administration concédante¹⁰⁴⁰.

La jurisprudence souligne ainsi que l'exercice du pouvoir administratif est une condition suffisante, mais aussi nécessaire et incontournable pour établir une compétence administrative (voire exclusive)¹⁰⁴¹.

L'utilisation du pouvoir discrétionnaire de l'administration est limitée par la loi non seulement dans la phase précontractuelle, mais aussi par la suite¹⁰⁴².

D'autre part, en ce qui concerne les raisons de l'extension de la juridiction administrative après la conclusion du contrat, il a été précisé que, malgré l'atténuation des profils publics dans la concession, en ce qui concerne les événements exécutifs, l'intérêt public semble être prédominant même pendant l'exécution de la relation découlant de la concession, surtout en

d'une concession (de services publics) pour cause d'inexécution a été attribué à la compétence des tribunaux ordinaires, et ce sur la base de la supposition que l'acte déclarant la résiliation est l'expression d'un pouvoir de nature privée ayant pour effet typique la résiliation du contrat, affectant ainsi le droit subjectif du concessionnaire à la poursuite de la relation. En conséquence, voir également Cons. St., sec. III, 13 octobre 2020, n° 6181.

¹⁰³⁹ Voir A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'araba fenice del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, spéc. p. 146.

¹⁰⁴⁰ Cass. civ., sez. un., 25 février 2019, n° 5453, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 38, 4, avec la note de A. GRECO, *Financement de projets : si la phase exécutive est contestée, le juge ordinaire est compétent*. De même, voir aussi Cass. civ., sec. un., 27 novembre 2019, n° 31029, in *Foro amm*, 2020, 398, dans laquelle il a été jugé que le litige concernant une sanction administrative imposée par une ASL, bien que "dans le cadre de la supervision et du contrôle de l'adéquation et du caractère approprié du service public rendu" par un établissement privé fonctionnant sous un régime d'agrément. relève de la compétence des juridictions ordinaires, "dans la mesure où il s'agit de services fournis en exécution de la relation, de nature égale et à contenu purement pécuniaire, de concession d'un service public, l'exercice par l'administration publique de pouvoirs autoritaires et discrétionnaires n'étant pas en cause".

¹⁰⁴¹ Voir sur l'analyse d'un modèle basé sur la cohabitation entre les tribunaux administratifs et ordinaires sur les événements exécutifs du rapport de négociation A. MOLITERNI, *Administration consensuelle*, cit. spéc. p. 312.

¹⁰⁴² Ainsi F. FRACCHIA, *Compétence exclusive, service public et spécialité du droit administratif*, cit. a analysé le contraste entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation en matière de contrats.

raison de la nature tripartite de la relation. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un contrat, l'administration concédante conserve un intérêt indéniable dans la manière dont le service est géré par le concessionnaire à sa place, puisqu'elle ne perd pas la caractéristique fondamentale de sa finalisation aux besoins collectifs¹⁰⁴³. La nature publique de l'instrument de négociation, considéré comme un événement accessoire à la concession, ne permettrait pas une séparation claire entre la phase d'attribution et la phase d'exécution comme c'est le cas pour d'autres contrats publics.

Quant à la juridiction ordinaire, il lui est dévolu tous les litiges concernant les aspects financiers de la relation (indemnités, honoraires et autres contreparties) non soumis au pouvoir discrétionnaire de l'administration publique¹⁰⁴⁴. La réglementation du secteur joue cependant un rôle fondamental : ainsi, le juge ordinaire est compétent pour connaître du litige relatif au droit que le concessionnaire des transports publics locaux a, en raison de la réglementation communautaire, des contributions que la Région est tenue de verser aux entreprises de transport pour assurer l'équilibre du budget¹⁰⁴⁵. Le tribunal civil ne sera compétent que pour les litiges concernant directement la quantification correcte des redevances perçues en faveur du concessionnaire de services, sans impliquer un examen de l'exercice du pouvoir d'autorité par l'administration. En effet, les litiges relatifs à la contestation des actes autoritaires impliquent un contrôle de légitimité face auquel la position

¹⁰⁴³ Voir T.A.R. Campania-Napoli, section II, 12 juillet 2018, n° 4652, qui a jugé qu'il y avait une compétence administrative dans un cas de résiliation pour manquement grave de l'entrepreneur public, car " *dans les concessions de services publics, le profil autoritaire émerge également dans la phase exécutive de la relation, de manière à justifier la réglementation différente de la compétence exclusive [...] en considération de la prévalence de l'intérêt public poursuivi, à la lumière d'une lecture unitaire du phénomène concession/disposition contractuelle* ". Dans ce cas également, la fonctionnalisation du contrat est déterminante pour son caractère public et la suprématie autoritaire du constituant. Précédemment, Cons. St., no. 5421/2013. En doctrine, A MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'araba fenice del criterio dell'interesse pubblico*, in Giorn. dir. amm., 2014, spéc. p. 148 ss.

¹⁰⁴⁴ Voir Cass. civ., sec. un., 30 octobre 2020, n° 24111.: Le litige introduit par une commune pour obtenir de la banque concessionnaire du service public de la trésorerie municipale le remboursement d'un indu monétaire comme effet d'un jugement déclaratif sur l'invalidité ou l'inexistence de la clause de capitalisation trimestrielle des intérêts à payer et de la commensuration ultra-légale de ceux-ci, relève de la compétence ordinaire, étant donné que la demande ne remet pas en cause le rapport de concession, dans son aspect génétique ou fonctionnel, mais conteste le fondement de la commensuration pratiquée de la dette en intérêts, relevant ainsi de la clause dérogatoire de l'article 133(1)(c) du décret législatif n° 104 de 2010, qui exclut des litiges relatifs aux concessions de services publics relevant de la compétence exclusive du tribunal administratif, ceux concernant les indemnités, les honoraires et autres contreparties. Cassation civile, 1er janvier 2010, n° 13338, la condition préalable à la compétence ordinaire est l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration dans la détermination de la créance litigieuse.

¹⁰⁴⁵ Voir TAR Calabria, Catanzaro, sec. II, 4 novembre 2009, n° 1181.

juridique du concessionnaire prend la consistance d'un intérêt légitime par rapport au libre pouvoir de l'administration. Ces jugements sont dévolus à la juridiction administrative déjà sur la base des règles générales de répartition des compétences, et sont dévolus à la juridiction exclusive s'ils concernent la matière du service public.

Les interprétations contrastées ne manquent pas quant à la portée exacte du critère de répartition en matière de service public, notamment en ce qui concerne les litiges nés de l'exécution du contrat¹⁰⁴⁶.

Dans certains cas, en effet, la jurisprudence a reconstitué de manière égale les actes de l'administration affectant la relation négociée, dans la mesure où ils sont fondés sur des situations d'obligation-droit découlant de la convention de service public¹⁰⁴⁷. Par exemple,

¹⁰⁴⁶ Il existe de nombreuses contributions sur le sujet : V. CERULLI IRELLI, *Compétence exclusive et action compensatoire dans la sentence de la Cour constitutionnelle n° 204 du 6 juillet 2004 (observations en première lecture)*, in www.giustamm.it, 7, 2004 ; V. CARBONE - C. CONSOLO - A. DI MAJO, *Il "walzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento (I)*, in *Corr. giur.*, 2004, 1125 ; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.giustamm.it, 7, 2004 ; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata : commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 969 ; C. CONSOLO, *Il "walzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento (II)*, in *Corr. giur.*, 2004, 1130 ; R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in www.giustamm.it, 2004 ; B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 979 ; F. PATRONI GRIFFI, *Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale*, in www.astrid-online.it ; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, dans *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974 ; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, dans *questa Rivista*, 2004, 832 ; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva : impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.giustamm.it ; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve : riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, 2004.

¹⁰⁴⁷ Voir T.A.R. Napoli, section II, 23 septembre 2021, n° 5995, selon lequel, dans le cas d'une concession du domaine public mélangée à une concession de services, le juge est compétent pour connaître du litige relatif à la mise à disposition présumée d'une zone faisant partie du domaine public et à sa prise en charge par la société concessionnaire, car il concerne la phase exécutive du rapport de concession, postérieure à la passation et à la stipulation du contrat correspondant, et relève des tribunaux ordinaires. sont essentiellement celles marquées par un contenu purement pécuniaire, relevant du rapport interne entre le concédant de l'A.P. et le concessionnaire du service public (contenu à l'égard duquel l'opposition entre les parties se prête à être schématisée selon le binôme "obligation/demande", sans que l'A.P. ait le pouvoir d'intervenir pour protéger les intérêts du concessionnaire du service public). A. pour la protection des intérêts généraux ; tandis que, si le litige dépasse ces limites et implique la vérification de l'action autoritaire de l'A.P. sur l'ensemble de l'économie du rapport de concession, le conflit entre l'A.P. et le concessionnaire se configure selon le binôme "pouvoir/intérêt" et entre dans la sphère de compétence du tribunal administratif. T.A.R. Roma, (Lazio) sec. III, 01 décembre 2020, no. 12826, selon laquelle la compétence de l'O.J. en matière d'"indemnités, redevances et autres contreparties" s'étend aux questions relatives à l'exécution et à l'inexécution des concessions de services publics (ainsi qu'à la construction et à la gestion des ouvrages publics), ainsi qu'aux conséquences des indemnités, puisque les parties sont dans une relation d'égalité, sans préjudice de la compétence exclusive de

l'acte de déchéance a été considéré comme un acte négocié de résiliation de la relation en raison de la défaillance du concessionnaire, car il affecte directement les positions de droit subjectives découlant de l'accord¹⁰⁴⁸.

Enfin, à l'opposé des lignes directrices susmentionnées, dans certains cas, la jurisprudence a défini les conventions de service public comme des conventions administratives, avec des répercussions évidentes sur la compétence exclusive du juge administratif également dans la phase d'exécution¹⁰⁴⁹.

En ce qui concerne les tiers, il semblerait admissible d'intenter une action pour ordonner à l'administration de délivrer la mesure, et les tiers pourraient se prévaloir des recours en appel public parce qu'il s'agit d'accords de substitution ou complémentaires, mais pas des défauts qui concernent l'accord et n'affectent pas la position subjective du tiers.

Dans le contexte légal et jurisprudentiel actuel, le critère fondé sur la nature de l'objet est donc incertain ; en effet, pour l'identifier, on se réfère tantôt au service stipulé dans le contrat, tantôt à la fonction, avec des difficultés à établir des critères clairs pour déterminer son caractère public dans le cas des services publics, qui sont souvent confiés par contrat (comme indiqué dans les paragraphes précédents, dans le Code des marchés publics lui-même, on se réfère tantôt au service, tantôt à la valeur économique, et la publicité du service ne semble pas univoque¹⁰⁵⁰).

l'O.J. dans les cas où l'intérêt public est en jeu et est affecté par l'imposition d'une concession de services publics. A. dans les cas où sont contestés des actes d'exercice de pouvoirs autoritaires caractérisés par la loi, comme ceux qui constituent, modifient et éteignent immédiatement la relation de concession. Il est soutenu que les profils publicitaires précités sont également reconnaissables dans la détermination de la redevance de concession due par la partie privée, chaque fois qu'il existe un litige sur l'*an de la* prestation ou que sa détermination est renvoyée à des appréciations discrétionnaires de l'autorité concédante (*ex multis*, Cons. Stato, V, 13 février 2019, n° 1034).

¹⁰⁴⁸ Ainsi CE, Sec. VI, 13 juillet 2020, n° 4530, *cit.*

¹⁰⁴⁹ Les litiges dans lesquels seul le montant de la contrepartie due au concessionnaire est en cause et dont la détermination ne dépend pas de l'exercice des prérogatives publiques de l'administration sont dévolus à la juridiction ordinaire (*ex multis*, Cass, sez. un., 18 juin 2020, n° 11867 ; ord. 24 février 2020, n° 4803 ; 4 octobre 2019, n° 24857 ; ord. 31 décembre 2018, n° 33688 ; Cons. Stato, II, 8 octobre 2020, n° 5981 ; V, 20 août 2019, n° 5744 ; VI, 30 novembre 2020, n° 7540).

¹⁰⁵⁰ Voir V. RICCIUTO - A. NERVI, *Il contratto*, cit. p. 229.

A cela s'ajoute la particularité du rôle de l'administration qui manifeste l'exercice d'une activité consensuelle sans possibilité de distinguer une véritable activité privée d'une activité essentiellement administrative utilisée dans des formes négociées¹⁰⁵¹.

Enfin, la nécessité de protéger la concurrence, en ce qui concerne la phase d'exécution, pourrait conduire à une nouvelle extension de la juridiction administrative afin que les tiers concurrents puissent contester les renégociations illégitimes ou les modifications de la relation mise en place par les parties, avec la conséquence paradoxale de confier certains faits de la relation de négociation aux tribunaux ordinaires s'ils font l'objet d'un litige entre les parties contractuelles, ou aux tribunaux administratifs s'ils sont le fait du tiers.

¹⁰⁵¹ Ainsi C. MARZUOLI, *Principe de légalité*, cité, p. 73, selon lequel même l'activité privée, étant orientée vers la poursuite d'un intérêt public, ne se distingue pas de l'activité administrative de droit privé. Sur la capacité de la distinction entre activité privée et activité administrative de droit privé E. CASETTA, *Activité administrative*, cité, p. 526.

Conclusions

Cette recherche visait à mettre en évidence les différentes réactions des systèmes juridiques français et italien face à l'impact du droit européen sur les concessions de service public.

Les différences ne se situent pas dans ce qui est communément réglementé par l'Union européenne en matière de marchés publics, c'est-à-dire les concessions de services, mais dans ce qui est laissé à la compétence nationale, c'est-à-dire le service public.

Le législateur français est sans aucun doute prolifique et a en fait rempli l'espace juridique laissé à l'autonomie des États par le droit européen par de multiples interventions : en particulier, la gestion d'un service public est confiée au niveau local par le *Code général des collectivités territoriales* par le biais de la *délégation spéciale de service public* ; le nouveau *Code de la commande publique* est également intervenu récemment, systématisant et actualisant davantage la discipline des marchés publics nationaux.

En commençant par cette dernière, s'il est vrai que le texte ne fait pas référence à la concession de service public, mais uniquement à la concession de service, c'est précisément le service public - qui pourrait être défini comme un "quasi-principe" - et son obligation corollaire de continuité et de non-interruption de l'exécution qui apparaissent dans le titre préliminaire, à côté des principes généraux européens de libre concurrence et du régime exorbitant du droit commun du *contrat administratif*, une catégorie contractuelle typique du système juridique français, qui synthétise en soi à la fois les concessions et les marchés publics et sur laquelle le tribunal administratif est compétent.

L'intervention de codification a permis d'harmoniser la tradition nationale avec les principes européens et de définir une administration au service du citoyen, mais dotée de pouvoirs spéciaux, tels que la modification unilatérale et la "résiliation", qui s'expriment dans l'encadrement du régime spécial du contrat administratif, auparavant le résultat de la seule application jurisprudentielle.

Des études menées jusqu'à présent, il ressort que l'intervention, bien que saluée par la majorité de la doctrine et des praticiens du droit, laisse certaines questions ouvertes, notamment l'incomplétude de la *commande publique*, et l'absence de recoupement entre les contrats publics et la théorie du contrat administratif, en raison à la fois de la présence dans le Code de la référence aux " autres contrats ", conclus entre parties privées et soumis au régime privé, et de la référence aux réglementations externes.

Ce n'est pas pour rien que la *délégation de service public*, littéralement "délégation de service public" avec la nature juridique d'un contrat administratif, est réglementée dans l'équivalent du Code des collectivités territoriales (c'est-à-dire le CGCT).

L'utilisation de ce vocabulaire, typique du droit administratif français, circonscrit à la fois l'effet du droit communautaire, qui intervient, comme on le sait, sur la concession, et la promiscuité des termes de droit civil dans le domaine des contrats publics, tels que *convention, accord, acte*. Ainsi, cette délégation, prévue exclusivement pour le service public, permet d'une part de résister au changement de paradigme communautaire, initialement centré sur la nécessité d'opérer dans un marché unique, et d'autre part de revigorer ce qui est considéré comme une excellence du *bien-être national*, à savoir l'attention portée au *service public*, pas du tout à *la française*. Ainsi, les principes de transparence et de publicité exigés au niveau supranational ont été intégrés dans le règlement de la *délégation*, tout en garantissant que l'organe politique local procède au choix final - en partie discrétionnaire - du concessionnaire, ce qui représente une solution de synthèse.

Le service public, objet de la délégation, est ainsi clairement délimité et, malgré l'importante reconnaissance de la sous-catégorie des services *publics* industriels et commerciaux, qui entraîne la compétence des tribunaux ordinaires en ce qui concerne les litiges survenant entre les usagers et l'administration ou le concessionnaire, il conserve sa compacité et sa spécificité.

Aujourd'hui, l'attention du législateur français se porte sur la possibilité de faire du service public le principal moyen de réaliser la transition écologique et numérique, en raison de son corollaire, le principe d'adaptation.

Enfin, toujours en référence à la productivité du législateur, la branche du *droit de la propriété des personnes publiques* comprend les biens publics liés à la prestation de services de valeur économique, qui sont soumis à une discipline, bien que simplifiée, qui assure le

respect des principes de transparence et de non-discrimination, et qui prévoit la conclusion de *contrats d'occupation de domaine public*, dans lesquels, toutefois, un moment d'évaluation finale reste entre les mains des organes administratifs, précisément en raison de l'existence de l'intérêt général.

De même, sont réglementés les *biens de retour*, qui sont considérés comme des biens indispensables à la fourniture d'un service public, sur lesquels le juge administratif statue, et qui appartiennent à l'administration et lui reviennent une fois la concession ou la délégation de service public conclue.

En substance, dans le système juridique français, le service public continue à avoir son importance propre et sa particularité inaliénable.

Si l'on se tourne vers le système juridique italien, en revanche, l'absence d'une discipline organique consacrée aux concessions de service public, et la définition insaisissable du service public lui-même, ne permettent pas de tirer les mêmes conclusions.

La catégorie de contrat administratif n'existant pas, la classification de la concession de service public en tant qu'acte ou contrat devient substantielle.

La nature juridique de la concession de service public a fait l'objet de nombreux débats en doctrine et en jurisprudence, sans pour autant avoir le support d'une législation qui lui soit dédiée, que ce soit au niveau national ou dans sa ramification au niveau territorial, ni même d'une définition distinguant le service public du service *tout court*, avec des répercussions importantes tant au niveau de l'exercice des pouvoirs autoritaires, comme la révocation pour intérêt général, que sur la répartition des compétences.

L'intervention du droit européen a permis de rompre le lien d'interdépendance qui existait dans l'ordre juridique interne entre la réglementation des concessions administratives et le fait de confier un service public, et l'identification des principales caractéristiques fonctionnelles de la relation de concession n'apparaît plus liée à l'image traditionnelle du transfert de pouvoirs sur une base discrétionnaire, mais au transfert de risques économiques sur une base contractuelle.

Il est plus facile pour le droit européen de pénétrer le système juridique italien que le système français, précisément en raison de l'absence d'une discipline interne systématique autour des concessions de service public, ainsi que de l'absence d'une théorie spécifique du concept organisationnel de cette relation. De plus, comme on le sait, il n'existe même pas de

discipline pour les biens publics liés à la gestion d'un service économique qui permettrait de les confier à une concurrence libre et transparente.

Dans de nouveaux domaines, cependant, comme les services d'identité numérique fournis par l'administration, le législateur continue d'évoquer la notion de service public.

Une rationalisation de la réglementation matérielle serait souhaitable pour clarifier la volonté de distinguer entre les concessions de service public et les concessions de services ou de non-services, et pour assurer une harmonisation plus cohérente entre la dimension européenne et les dimensions nationales et locales, par rapport à ce qui s'est passé ces trente dernières années sur une base pré-doctorale et doctrinaire.

Il s'agit d'accroître non seulement la "paix entre l'administration et le citoyen", comme l'indique le rapport Giannini de 1979, mais aussi l'implication du citoyen privé, puisque, comme les branches publique et privée du droit, les deux font partie d'un même système.

Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE ITALIENNE

- P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Giuffrè, Milan, 1990
- C. ALBERTI, "Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (No. 3-4), 2001
- L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milan, 2005.
- A. AMORTH, *Observations sur les limites de l'activité administrative en droit privé*, CEDAM, Padoue, 1938.
- G. AZZARITI, "Vers un gouvernement des juges", "Le rôle des juges communautaires dans la construction de l'Europe politique", in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Naples, 2012.
- C. BASSU, "Sussidiarietà versus servizi pubblici : la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari", in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2009.
- F. BENVENUTI, "Administration publique et droit administratif", in *Jus, Vita e Pensiero*, Milan, 1956.
- L. BERTONAZZI et R. VILLATA, "Services d'intérêt économique général", in M. P. CHITI - G. GRECO (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milan, 2009.
- U. BORSI, "Le funzioni del Comune italiano", in V. E. ORLANDO (dirigé par), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milan, 1905
- S. BRACCONIER, "La distinction française entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux et le droit communautaire", in E. FERRARI (ed.), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Giappichelli, Turin, 2007.

- S. CADEDDU - S. FIENGA, "Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali", in M. CLARICH (ed.), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Turin, 2010
- G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contribution à l'étude du modèle social européen*, Giappichelli, Turin, 2008
- F. CALCULLI, "Procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza", in R. GAROFOLI - G. FERRARI (eds.), *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi, t. 2 (artt. 121-257)*, Bari, 2009
- C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Poligrafica Universitaria di Carlo Cya, Florence, 1937
- F. CAMMEO, "Le concessioni per l'illuminazione pubblica", dans *Giurisprudenza italiana*, 1903.
- E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milan, 2000.
- F. CAPORALE, *I servizi idrici : Dimensione economica e rilevanza sociale*, Franco Angeli, Milan, 2017.
- F. CAPRIGLIONE, " Réglementation européenne post-crise et perspectives de recherche du droit économique : le difficile équilibre entre politique et finance ", in *Quarterly Journal of Civil Law and Procedure*, 2016.
- R. CARANTE, "Activités publiques, activités non lucratives et réglementation des contrats de service public" in *Urbanisme et marchés publics*, IPSOA, Milan, 2008
- L. CARBONE - F. CARINGELLA - G. DE MARZO, "L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici" in *Urbanisme et Contrats*, IPSOA, Milan, 2000
- F. CARINGELLA, "La nuova legge quadro sui lavori pubblici", dans *Urbanisme et contrats*, IPSOA, Milan, 1999.
- G.F. CARTEI, "Il servizio universale" in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè, Milan, 2002.
- A. CARULLO, "Appalti pubblici (ad vocem)", dans *Enciclopedia di Diritto*, Milan, 2001.
- H.C. CASAVOLA, "Les nouvelles directives sur les marchés publics et les concessions. Les règles et les objectifs stratégiques des politiques de l'UE 2020", in *Journal of Administrative Law XII*, 2014.
- S. CASSESE (ed.), *La nouvelle constitution économique, 5e édition*, Laterza, Rome, 2012.

- S. CASSESE, "Fare l'Italia, costruirla poi. Le continuità dello Stato", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011
- S. CASSESE, "Towards an Italian European law", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017.
- S. CASSESE, *Culture et politique, Principes du droit administratif*, Il Mulino, Bologne, 1971.
- S. CASSESE, *La construction du droit administratif : France et Royaume-Uni, Traité de droit administratif, partie générale*, Giuffrè, Milan, 2003.
- S. CASSESE, *La construction du droit administratif*, Giuffrè, Milan, 2010.
- R. CAVALLO PERIN, "Les principes comme discipline juridique du service public entre l'ordre national et l'ordre européen", in *Diritto amministrativo*, 2000.
- R. CAVALLO PERIN, "La disciplina del servizio pubblico", in *Le forme giuridiche di erogazione dei servizi sociali alla famiglia*, Giuffrè, Milan, 2006.
- R. CAVALLO PERIN, *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milan, 1994
- L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza 'limitata' : profili interni, comunitari e internazionali*, Jovene, Napoli, 2010.
- V. CERULLI-IRELLI, "Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale", in *Diritto procedurale amministrativo*, Giuffrè, Milan, 2004
- M. CERUTI, "'Dei sepolcri' : il est temps de procéder à la palingénésie des concessions de cimetière", in *Urbanisme et marchés publics*, 2019.
- M. CERUTI, " La procédure négociée concurrentielle dans le domaine de la propriété étatique et publique : problèmes de définition, de discipline et de pratique dans l'ordre juridique national ", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1*, 2018.
- F. CHABOD, "L'Italia contemporanea", in *Lezioni alla Sorbona (1918-1948)*, Piccola Biblioteca Einaudi, Turin, 1964.
- E. CHITI - M. GNES, "Chroniques européennes 2014", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milan, 2015.
- E. CHITI - R. PEREZ - A. SANDULLI - L. TORCHIA (ed.), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- M.P. CHITI, *Droit administratif européen*, Giuffrè, Milan, 2007.
- G. CHITTOLINI, *Città, comunità e fidi negli stati dell'Italia centro-settentrionale (secoli XIV-XVI)*, Unicopli, Milano, 1996

- F. CINTIOLI, "L'attribution de sous-concessions pour les activités commerciales dans les aéroports", in *Diritto e Procedura Amministrativa*, 2017.
- F. CINTIOLI, "Les réseaux en tant que biens publics et la gestion des services", in *Diritto Amministrativo*, 2007.
- F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milan, 2010
- M. CLARICH, " Considérations sur les relations entre les marchés publics et la concurrence en droit européen et national ", in *Diritto amministrativo, Fasc. 1-2/2016*, Giuffrè, Milan, 2016.
- M. CLARICH, "Service public et service universel : évolution normative et profils reconSTRUCTEURS", in *Droit public*, 1998.
- M. CLARICH, *Rapport sur les contrats publics et la concurrence, 61e Conférence des études administratives sur "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione"*, Varenna, 2015.
- G. CORSO, "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", in *Riv. giur. quadr. pubblica serv.*, 1999.
- M. D'ALBERTI, (ed.), *Concessions et concurrence*, AGCM, Rome, 1998
- M. D'ALBERTI, "Concessions Amministrative", dans *Enciclopedia del Diritto vol VII*, Rome, 1988.
- M. D'ALBERTI, "Administration et marché", in FORMEZ (ed.), *Innovation administrative et croissance*, 2008.
- M. D'ALBERTI, *I public contracts nell'esperienza britannica*, Jovene, Naples, 1984.
- M. D'ALBERTI, *Intérêt public et concurrence dans le code des marchés publics*, in *Diritto Amministrativo*, 2008.
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Naples, 1981.
- M. D'ALBERTI, *Pouvoirs publics, marchés et mondialisation*, Il Mulino, Bologne, 2008.
- M. D'ALBERTI, *Droit administratif comparé*, Il Mulino, Bologne, 1992.
- L. DANIELE, "Liberalizzazione dei mercati e disciplina comunitaria degli appalti pubblici : il caso dei trasporti ferroviari di passeggeri", in C. FRANCHINI - F. TITOMANLIO, *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010
- M. DE BENEDETTO (ed.), *Spiagge in cerca di regole. Une étude sur la réglementation des concessions de plage*, Il Mulino, Bologna, 2011

- G.C DE MARTIN, *Démocratie et administration - à la mémoire de Vittorio BACHELET*, Giuffrè, Milan, 1992
- R. DE NICTOLIS, "La concessione di lavori pubblici", in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, 2002
- A. DE VALLES, "Les services publics", in V. E. ORLANDO (ed.), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo vol. VI*, 1924
- G. DI GASPARE, *Droit économique et dynamique des institutions*, CEDAM, Padoue, 2003.
- F. DI LASCIO, "La concessione di spiaggia in altri ordinamenti", in M. DE BENEDETTO (ed.), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Il Mulino, Bologna, 2011
- F. DI PORTO, *La disciplina delle retira nel diritto dell'economia*, CEDAM, Padoue, 2008
- R. DIPACE, "Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione", dans N. LONGOBARDI (ed.), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Giapichelli, Turin, 2016.
- R. DIPACE, "Contracts below the EU threshold", in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (eds.) *Codice degli appalti pubblici*, Utet, 2014
- R. DIPACE, "La gestione dei contratti dopo il recepimento della direttiva ricorsi", in F.G. Scoca (ed.), *Gli appalti pubblici profili procedurali e sostanziali*, Editoriale scientifica, Naples, 2012
- R. DIPACE, "I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione delle opere pubbliche", in G. ALPA (ed.), *Appalto pubblico ed appalto privato*, Esi, 2010
- G. FALCON, "Conventions et accords administratifs. Profils généraux vol. IX", dans *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, 1988
- G. FALCON, "Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1991.
- G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milan, 1984
- V. FERRARO, " La discipline de la concession en droit européen : les principes jurisprudentiels et l'arrangement réalisé avec la directive 2014/23/UE " in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2014.
- F. FIGORILLI, "I servizi pubblici", in F.G. SCOCA (ed.) *Diritto amministrativo*, Giapichelli, Turin, 2021.

- M. FIORAVANTI, "Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando", in *La scienza del diritto pubblico*, Giuffrè, Milan, 2001.
- U. FORTI, "Natura delle concessioni amministrative", dans *Giurisprudenza italiana IV*, 1900.
- C. FRANCHINI - F. TITOMANLIO, *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Turin 2010
- C. FRANCHINI, "I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato", in C. FRANCHINI (ed.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, Turin, 2007
- F. GALGANO - S. RODOTÀ, ""Relations économiques" (art. 41-44)", in G. BRANCA (ed.), *Commentaire sur la Constitution*, Zanichelli Editore, Bologna, 1982.
- D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milan, 2010
- M. GALLO, "Contratto di diritto pubblico", in *Novissimo Digesto Italiano*, Giappichelli, Turin, 1968.
- M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, CEDAM, Padoue, 1936.
- A. GARDELLA, "Art. 86", dans A. TIZZANO(ed.), *Traité de l'Union européenne et de la Communauté européenne*, Milan, Giuffrè, 2004
- A. GEMMI, "Il tramonto della concessione-contratto", in *Persona e amministrazione*, Université d'Urbino, Urbino, 2020.
- F. GHELARDUCCI, "I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario : problemi definitori e tendenze evolutive", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2000
- M.S. GIANNINI, "Atto Amministrativo", in *Enciclopedia di diritto IV*, Milan, 1958.
- M.S. GIANNINI, "Punti fermi in materia di opere pubbliche", in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 1986
- M.S. GIANNINI, "Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia", in *Rivista di diritto commerciale*, 1959.
- M.S. GIANNINI, *Droit public économique*, 5 ed. Milan, 1995
- M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. États et administrations publiques*, Il Mulino, Bologne, 1986
- M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Jandi Sapi, Rome, 1962.
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 1950

M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, *Studi Sassaesi, Serie II - Vol. XVIII, Fasc. II-III*, Giuffrè, Sassari, 1973.

M.S. GIANNINI, *droit administratif*, Milan, 1970

M.S. GIANNINI, "Quelques points fixes sur le thème des travaux publics", dans *Rivista trimestrale degli appalti*, 1986.

F. GIGLIONI, "Observations sur l'évolution de la notion de service public" in *Foro amministrativo*, 1998.

F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008

M. GIORGIANNI, "Il diritto privato e i suoi attuali confini", in *Rivista trimestrale di diritto di procedura civile*, 1961.

W. GIULIETTI - M. TRIMARCHI, "Notion d'administration publique et de coordination de l'État dans la perspective de l'intérêt financier", dans R. CAVALLO PERIN - A. POLICE - F. SAITTA (eds.), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Florence University Press, Florence, 2016.

F. GOISIS, "Economic risk as proprium of the concession concept in Directive 2014/23/EU : economic approach versus traditional views", in *Administrative Review*, 2015.

P. GOTTI, *La giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali in tema di individuazione dei provvedimenti di concessione di beni o di servizi pubblici*, *Communication à la Conférence Droit amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1985.

G. GRECO, "La directive sur les "concessions"", dans la *Revue de droit public communautaire*, 2015.

P. GROSSI, *Science juridique italienne. Un profil historique 1860-1950*, Giuffrè, Milan, 2000

G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milan, 1970

C. GUCCIONE, "La communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire" in *Giornale di diritto amministrativo*, XII, 2000.

C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Giappichelli, Torino, 2009.

H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Mimesis Edizioni, Milan, 1945.

- A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Naples, 2008
- A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Editoriale Scientifica, Naples, 2015.
- F. LEGGIADRO, *Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire*, in *Urbanisme et Contrats*, X, 2000
- L. LOMBARDI, "Commentaire sur l'article 219", in M. BALDI - R. TOMEI (eds.), *La disciplina dei contratti pubblici*, IPSOA, Milan, 2007.
- M. MACCHIA, *Le nouveau code des marchés publics. Contrats de concession*, IV, 2016
- A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Il Mulino, Turin, 2005
- L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, Giuffrè, Milan, 1987
- B. MAMELI, "La libre concurrence nationale : une limite pour le droit communautaire", in *Urbanisme et marchés publics*, 2000.
- B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Giuffrè, Milan, 2003.
- C. MARZUOLI, *Principe de légalité et activités de droit privé dans l'administration publique*, Giuffrè, Milan 1984.
- A. MASSERA, "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti" in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario fasc.5*, 2005
- A. MASSERA, *Notes minimales sur le droit administratif de l'intégration européenne*, Studi Universitari di Vicenza, Vicenza, 2011.
- F. MASTRAGOSTINO (ed.), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, CEDAM, Padoue, 1998
- B.G. MATTARELLA - A. NATALINI, "Introduction", in B. G. MATTARELLA, A. NATALINI (eds.), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli Editore, Florence, 2013.
- B.G. MATTARELLA, *L' imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, CEDAM, Padoue, 2000
- M. MATTERA, *Commission européenne : Revue concession et délégation de service public*, 1999

- F. MERUSI, "Cent ans de municipalisation : du monopole à la recherche de la concurrence", in *Diritto amministrativo 1*, 2004.
- F. MERUSI, "La nuova disciplina dei servizi pubblici", in *Annuario AIPDA 2001*, Giuffrè, Milan, 2002.
- F. MERUSI, "Limits to competition and "recalcitrant" states : the recent case of the "medicine code" directive not transposed into Italian law and the draft law on blood derivatives", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004.
- F. MERUSI, *Service public*, Il Mulino, Bologne, 1990
- L. MEUCCI, *Le système administratif*, Fratelli Bocca, Turin, 1898.
- A. MOLITERNI, "Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune", in *Rivista di Diritto Amministrativo*, 2012.
- A. MOLITERNI, "La concessione di lavori pubblici", in A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI - V. LOPILATO (eds.), *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milan, 2018.
- A. MOLITERNI, "Le procedure di affidamento e il bando di gara nelle concessioni di lavori pubblici (art. 144, D.Lgs. 12.4.2006, n.163)", in A. CANCRINI - C. FRANCHINI - S. VINTI (ed.), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Utet, Torino, 2014.
- A. MOLITERNI, 'Private subjects in public guise : genesis, transformations and perspectives of concessionary relations' in R. CAVALLO-PERIN - A. POLICE - F. SAITTA (eds.), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Florence University Press, Florence, 2017.
- A. MOLITERNI, " Solidarité et concurrence dans la réglementation des services sociaux ", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.1, 1*, 2015.
- A. MOLITERNI, "Vittorio Emanuele Orlando e le vicende del metodo nella scienza del diritto amministrativo", in *Studi di diritto pubblico*, Franco Agnelli, Milan, 2020.
- A. MOLITERNI, *Administration consensuelle et droit privé*, Naples, Jovene Editore, 2016.
- G. NAPOLITANO, *Les règles et le marché des services publics*, Il Mulino, Bologne, 2005.
- G. NAPOLITANO, *Services publics et relations avec les usagers*, CEDAM, Padoue, 2001
- A. NICODEMO, *Entreprises publiques*, Giappichelli, Turin, 2018
- M. NIGRO, "Sulla natura giuridica della RAI", dans *Consiglio di Stato*, 1977.

- D. NOVELLO, " Exemption du respect de la réglementation sur les preuves publiques dans les secteurs spéciaux et interprétation de l'article 121 du code des marchés publics ", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario fasc. 3*, 2018.
- M. NUNZIATA, " Le mandatement direct du transport ferroviaire local entre concurrence et protectionnisme ", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc.1*, 2018.
- A. PAJNO, "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario fasc.5*, 2015.
- R. PALASCIANO, "Gli appalti pubblici nei settori speciali. Soglie di rilevanza comunitaria, ambito di applicazione e disciplina applicabile (artt. 206-219) ", in M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Utet, Torino, 2006
- M. PELLEGRINI, *Corso di Diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, Milan, 2016
- F. PELLIZZER, "Procedures for awarding concessions and requirements of concessionaires", in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (ed.), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milan, 2017.
- L. PERFETTI (ed.), *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, Milan, 2013.
- G. PERICU - A. ROMANO, *La concessione di servizio pubblico*, Giuffrè, Milan, 1995
- E. PICOZZA, "Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1992.
- E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Carocci, Rome, 1996.
- E. PICOZZA, *Introduction au droit administratif*, CEDAM, Padoue, 2006
- C. PINELLI, "I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei", in C. PINELLI - T. TREU (ed.), *La costituzione economica : Italia, Europa*, Il Mulino, Bologna, 2010
- G. PIPERATA, " Les services publics dans le système local : une ressource économique contestée ", in *Institutions du fédéralisme*, 2009.
- G. PIPERATA, "Le 'omissioni' del giudice comunitario in tema di concessione di pubblici servizi", in *La finanza locale*, 2001
- G. PIPERATA, *Typicité et autonomie dans les services publics locaux*, Giuffrè, Milan, 2005.

- U. POTOTSCHNIG, "Concession et contrat dans l'exercice des services publics", in *Ius*, 1953.
- M. PROTTO, "Settori speciali a geometria variabile", in R. DE NICTOLIS (ed.), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali, Vol. III*, IPSOA, Milan, 2007
- M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti : studio sull'influenza dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Giuffrè, Milano, 1997
- F.P. PUGLIESE, "Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971.
- F.P. PUGLIESE, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti d'America*, CEDAM, Padoue, 1974
- A. QUARTULLI, *I servizi pubblici telefonici*, Giuffrè, Milan, 1978
- A. QUIETI, A. ZUCCHETTI, "Législation communautaire : concurrence et appels d'offres pour les services publics locaux. Les appels d'offres pour les services publics sont-ils vraiment imposés par la législation communautaire actuelle ? ", dans *Foro amministrativo fasc. 2*, 2003
- G. RACCA, "I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario", in *Diritto amministrativo*, 1994.
- G. RACCA, "Preventing and Combating Corruption in Public Contracts (Art. 1, paragraphs 17-25, 32 and 52-58)", in B. MATTARELLA - M. PELISSERO, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli Editore, Turin, 2013.
- L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Essential Services and Community Law*, sous la direction de L.G. RADICATI DI BROZOLO, Giappichelli, Turin, 2001.
- N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999
- O. RANELLETTI, "Concept et nature des autorisations et des concessions administratives", dans *Giurisprudenza italiana*, 1894.
- O. RANELLETTI, 'Facultés créées par autorisations et concessions administratives', in *Rivista italiana di scienza giuridica. XIX*, 1896
- O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenze della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Il Foro Italiano, Avezzano, 1892
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Utet e Fratelli Bocca, Turin, 1894-1897

- M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milan, 2004.
- E. ROBALDO, "La réalisation de travaux publics avec la participation de capitaux privés", in *Urbanistica e Appalti*, 2005.
- A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (a cura di), CEDAM, Padoue, 1992.
- S. ROMANO, *Principes de droit administratif*, Ulan Press, Milan, 2012.
- S.A. ROMANO, "Attività di diritto privato della pubblica amministrazione", in *Digesto (discipline pubblicistiche) I*, Utet, Turin, 1989.
- S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici. Problemi generali, la capacità giuridica privata*, Giuffrè, Milan, 1979
- G. ROSSI - M.E. BARONE, "Prospection et extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides", in A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici, Vol. V (I settori speciali. L'esecuzione)*, Giuffrè, Milan, 2008
- R. SACCO, *Digesto*, Utet, Turin, 1987
- F. SALVIA, "Le service public : une conformation particulière de l'entreprise", in *Droit public*, 2000.
- A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici. Relazione generale*, in *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Le opere pubbliche, I, I lavori pubblici*, Giuffrè, Milan, 1967
- M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche : natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2004
- G. SANTINI, *I servizi*, Il Mulino, Bologna, 1988
- F. SCOCA, "La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento" in *Diritto amministrativo fasc.1*, 1995.
- E. SCOTTI, *Le service public. Tradizione nazionale e prospettive europee*, CEDAM, Padoue, 2003.
- E.J. SIEYES, *Opere e testimonianze politiche* (traduit par G. TROISI SPAGNOLI), Giuffrè, Milan, 1993
- E. SILVESTRI, *Voce Concessione amministrativa dell'Enciclopedia di diritto, vol. VIII*, Giuffrè, Milan, 1961
- D. SORACE - C. MARZUOLI, "Concessioni amministrative", in *Digesto delle discipline pubblicistiche vol. III*, Utet, Turin, 1989

- D. SORACE - E. MARZUOLI, *Voce Concessioni amministrative del Digesto (discipl. pub.)*, Magioli Editore, Milan, 1992
- D. SORACE, "Les services "publics" économiques dans le système juridique national et européen à la fin de la première décennie du XXI^e siècle", in *Diritto amministrativo*, 2010.
- D. SORACE, "Mémoire pour une entrée". "atto amministrativo" ", in *Scritti in onore di M.S. Giannini vol. III*, Giappichelli, Turin, 1988
- D. SORACE, *Le jeune camée*, Giuffrè, Milan, 1993
- D. SORACE, *Services publics et services d'utilité (économique)*, in *Droit public*, 1999
- B. SORDI, " Administration publique, boutique, contrat, univers et catégories du XIX^e siècle comparés ", in *Diritto amministrativo vol. III*, 1995
- V. SOTTILI, "L'art. 86 del Trattato CE", in L. RADICATI DI BROZOLO (ed.), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Giappichelli, Turin, 2001
- A. SPINELLI, "Brevi considerazioni in ordine alla comunicazione interpretativa in materia di concessioni della U.E." in *Rivista giuridica dei pubblici servizi*, 1999
- S. SPUNTARELLI, " Le rôle du renvoi préjudiciel à la CJUE dans la juridiction administrative " in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico fasc.3*, 2018.
- G. STOPPANI, "Le nouveau code de la commande publique : quel (tanto) che resta della specialità francese in materia di contratti pubblici", in *federalismi.it*, 11/2019.
- G. TESAURO, *Droit de l'Union européenne*, 7^{ème} édition, CEDAM, Padoue, 2012.
- G. TESAURO, " L'intervention publique dans l'économie et l'article 90 n° 2 du traité CE ", in *Droit de l'Union européenne*, 1996
- B. TONOLETTI, "Biens du marché commun et services en réseau", dans *l'annuaire de l'AIPDA*, 2003.
- L. TORCHIA, "La nouvelle directive européenne sur les marchés, les services et les fournitures dans les secteurs ordinaires" in *Diritto Amministrativo fasc.2*", 2015.
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 10^{ème} édition. Giappichelli, Turin, 2013
- F. TRIMARCHI BANFI, "I servizi pubblici nel diritto comunitario : nozione e principi", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008.
- F. TRIMARCHI BANFI, "Organisation économique d'initiative privée et organisation économique d'initiative réservée dans les articles 41 et 43 de la Constitution", in *Politica del diritto*, 1992.

P. VAIANO, "Appunti in materia di convenzioni amministrative", dans *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato II*, Rome, 1981.

I. VANBAEL - J.F. BELLIS, *Le droit de la concurrence dans la Communauté européenne*, Giappichelli, Turin, 1995.

F. VETRO, "I settori speciali", in C. FRANCHINI et F. TITOMANLIO (eds.), *I settori speciali nel codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Turin, 2010.

C. VOLPE, "Les nouvelles directives sur les marchés publics et la fourniture interne : problèmes anciens et nouveaux", in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015.

G. ZANOBINI, "L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici", in V. E. ORLANDO (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Edizione Libreria, Milan, 1935

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo vol. I*, Giuffrè, Milan, 1958

G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Edizione Libreria, Milan, 1920

BIBLIOGRAPHIE FRANÇAISE

T. ALIBERT, "'L'intuitus personae" dans la concession de service public : un principe en mutation ?" in *La Revue administrative* 43e Année, n° 258, 1990

J. ARNOULT, "Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire", in *Revue Française de Droit Administratif*, 2000.

J.J. AUBERT, *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain : actes du diplôme d'études avancées*, Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2003

J.B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, "À propos de la notion de droit administratif européen", in *Revue française d'administration publique* (n° 123), 2007.

J. AUBY- R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif (volume 1 - 3^e édition)*, LGDJ, Paris, 1984

C. BARDON - Y. SIMONNET, "Telaustria, quel périmètre ? " dans *Droit administratif* n°1, 2009

K. BEN KHELIL - F. TENAILLEAU, *La recomposition du paysage des concessions*, JCPA, Paris, 2016

- M.Y. BENJAMIN, "La délégation de service public", in *Droit Administratif* n° 4, 2001.
- C. BERGEAL, "Les concessions de plage sont des délégations de service public", in *Revue française de droit administratif*, 2000.
- X. BEZANÇON, "Une approche historique du partenariat public-privé", in *Revue d'économie financière*, 1995.
- X. BEZANÇON, *Essai sur le contrat de travaux et de service public : contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, LGDJ, Paris, 1999.
- X. BEZANÇON, *Le service public du Moyen-Age à la Révolution*, Presse de l'Ecole Nationale des Ponts et Chaussées, Paris, 1995
- F. BLANC, *Le principe d'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux*, Paris, 2006
- A. BLONDEAU, *La concession de service public : étude d'histoire du droit administratif*, Faculté de Grenoble, Grenoble, 1929.
- S. BRACCONNIER, " Les règles d'attribution des contrats ", in *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, 2016.
- S. BRACONNIER, "Les concessions de plage sont des délégations de service public", in *Droit Administratif* n° 12, Paris, 2000.
- S. BRACONNIER, " Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions - Deuxième partie : passation et exécution des marchés et concessions ", in *JCP G*, LexisNexis, Paris, 2014.
- F. BRENET, " Le service public dans le Code de la commande publique " in *Cahiers du droit de l'entreprise* n°6, 2019.
- F. BRENET, *Les nouvelles bases du droit de concessions*, AJDA, Paris, 2015
- D. CAPITANT, "Le risque économique, nouveau critère de la DSP ? " dans *Revue Lamy de droit des collectivités territoriales*, 2009
- N. CATAL, *L'Europe et les marchés publics*, Eyrolles, Paris, 1994
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15e éd, Montchrestien, Paris, 2008.
- R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2006.
- F. CHÉNEDÉ, "L'utilité de la cause d'obligation en droit contemporain de contrats : l'apport du droit administratif", in *CCC*, 2008.
- J. CHEVALLIER, *Le service public*, P.U.F, Paris, 2003
- G. CLAMOUR, *Contrats et propriété publics*, LexisNexis, Paris, 2011

- P. COLEMAN, " La mise en régie ou l'exécution du contrat en substitution au cocontractant défaillant ", in *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, 2019.
- L. DE CARRATIER DUBOIS, "Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (1880-1950)", in *Revue d'histoire moderne & contemporaine* 2005/3 (n° 52-3), 2005.
- J.M. DE GÉRANDO, *Instituts du droit administratif français ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre*, Paris, 1829-1830.
- A. DE LAUBADÈRE, *Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français* : AJDA, Paris, 1961
- A. DE LAUBADÈRE - J.C. VENEZIA - Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, Volume I*, 10 ed. LGDJ, Paris, 1988
- A. DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs, tome II*, n° 521, LGDJ, Paris, 1956
- R. DE MOUSTIER - J. BENZAKKI, 'Le régime d'exécution des concessions de services sans service public' in *Contrats et Marchés publics* n° 7, Juillet 2020
- E. DELACOUR, "Distinction entre délégation et marché public : confirmation de la jurisprudence Département de la Vendée" in *Contrats-Marchés publics*, AJDA, Paris, 2008.
- P. DELELIS, " Contenu et exécution des contrats de concession ", in *Contrats-Marchés publics*, AJDA, Paris, 2016.
- P. DEVOLVÉ, " Les contrats de la commande publique ", in *Revue Française de Droit Administratif*, 2016.
- R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui* in *Droits* n°120, 1990
- C. A. DUBREUIL, *Droit des contrats administratifs*, P.U.F., 2 ed., Paris, 2022
- C.A. DUBREUIL, Plaidoyer pour une simplification de l'opération de qualification du contrat administratif, in *Spicilegium Juris Politici, Mélanges offerts à Philippe Lauvaux, T. Pasquiat-Briand (dir.)* Editions Panthéon-Assas, 2021
- C. A. DUBREUIL, *Le principe d'unité des catégories de collectivités territoriales en question*, L'Harmattan, Paris, 2019.
- C. A. DUBREUIL - A. CARTIER-BRESSON - M. COLLET, *L'intérêt général : mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, Paris, 2015
- J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Editions du Moniteur, Paris, 1979
- L. DUGUIT, "De la situation des particuliers à l'égard des services publics", in *Revue de droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907.

- L. DUGUIT, "De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public", in *Mélanges Hauriou*, 1929.
- E. DURKHEIM, *De la Division du travail social*, P.U.F, Paris, 1998
- G. ECKERT, " Le champ d'application du nouveau droit des concessions " in *Contrats-marchés publics*, 2016.
- G. ECKERT, "Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs" in *Contrats-Marchés publics*, 2010.
- G. ECKERT, 'Pourquoi une concession est-elle une délégation de service public ? " dans *Contrats-Marchés publics*, 2012
- G. ECKERT, *Le nouveau droit des concessions*, C.R.E.A.M, Paris, 2016
- F. GAFFIOT, *Le grand Gaffiot : dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 2000
- Y. GAUDEMET - A. BENABENT, *Dictionnaire juridique 2022 : tous les mots du droit*, LGDJ, Paris, 2021
- Y. GAUDEMET, *Traité du droit administratif*, LGDJ, Paris, 23 ed., 2020
- Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif : la propriété publique, les domaines administratifs, l'expropriation, la réquisition, les travaux publics*, LGDJ, Paris, 15 éd., 2014.
- Y. GAUDEMET, *Le contentieux des contrats publics, évolution récente*, CRIDON, 2005
- Y. GAUDEMET - B. STIRN - T. DAL FARRA, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, Paris, 2002
- T. HAMONIAUX, *L'intérêt général et le juge communautaire*, LGDJ, Paris, 2001
- M. HASTINGS, *Les constellations imaginaires du service public*, L'Harmattan, Paris, 1999
- M. HAURIOU, "Droit Administratif", in *Répertoire de droit administratif*, Paris, 1897.
- M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif n°11*, Paris, 1927
- H. HOEPFFER, " Concessions de travaux : un pas en avant, trois pas en arrière " in *Contrats et Marchés publics*, 2015.
- H. HOEPFFNER, "Code la commande publique - Exécution des marchés publics" in *Contrats et Marchés publics*, 2019
- H. HOEPFFNER, "Le régime des modifications conventionnelles des conventions de délégation de service public", in *Contrats et Marchés publics*, 2006.

- H. HOEPFFNER, " L'exécution des marchés publics et des concessions saisies par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique ", in *Contrats et Marchés publics*, 2014.
- H. HOEPFFNER, "La modification des contrats" in *Revue Française de Droit Administratif*, 2016
- H. HOEPFFNER - P. TERNEYRE, "La place des principes dans le Code de la commande publique" in *Revue Française de Droit Administratif*, 2019
- P. INDOUX, " Les considérations environnementales et sociales ", in *Revue Française de Droit Administratif*, 2016.
- G. JEZE, *Le régime juridique du contrat administratif*, R.D.P., Paris, 1945.
- G. JEZE, *Les contrats administratifs, t. II*, 1932
- G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, tome I, 2e édition*, Paris, 1914.
- G. KALFLECHE, "Les concessions : faut-il avoir peur du rapprochement avec les marchés ? " dans *Contrats et Marchés publics*, 2014
- R. KOSELLECK, *Histoire des concepts et histoire sociale, Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, Editions de l'EHESS, Paris, 1990
- M.F. LAFERRIERE, *Cours de droit public et administratif : mis en rapport avec les lois nouvelles et précédés d'une introduction historique*, Cotillon, Paris, 1860.
- R. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? convalescence ? ou jouvence ?* EDCE, Paris, 1960
- A. LE RAT DE MAGNITOT, *Dictionnaire de droit public et administratif, I, concession d'entrée*, Paris, 1841.
- P. LEGENDRE, *Evolution des systèmes d'administration et histoire des idées, Annale F.I.S.A., III*, 1966
- F. LICHÈRE, *Juge compétent et recours applicable pour la passation d'un contrat d'occupation du domaine public entre deux personnes privées*, JCPA, Paris, 2019.
- F. LICHERE, *La passation des concessions*, AJDA, Paris, 2016
- G. LIET-VEAUX, "La théorie du service public, crise ou mythe ?" in *La Revue administrative*, 1961
- F. LIN-DITCH, " Les contrats de délégation de service public après l'ordonnance du 29 janvier 2016 " in *Contrats-marchés publics*, 2016.
- F. LLORENS - P. SOLER-COUTEAUX, " "Contrats de concession : une nouvelle donne" ", in *Contrats-Marchés publics*, 2016.

- F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX "La prolongation des contrats de concession : quelles perspectives ? ", dans *Contrats-Marchés publics*, 2016
- F. LLORENS, " La théorie des biens de retour après l'arrêt " Commune de Douai " ", in *Contrats et Marchés publics*, 2013.
- F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, " À propos de la reconnaissance jurisprudentielle des concessions de service " in *Contrats et Marchés publics*, 2017.
- M. LONG, *Vers une Europe des délégations de service public*, 1999
- Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, Paris, 1971.
- G. MARCOU, *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995
- G. MARCOU, *Maintenir l'expression service public*, AJDA, Paris, 2008
- T.L. MARGUE, *L'ouverture des marchés publics dans la Communauté*, RMUE, Paris, 1991
- G. MARTIN, *Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2008
- J. MASSOT, "Le conseil d'état et le régime de Vichy, Vingtième Siècle", in *Revue d'histoire*, 1998.
- C. MAUGÜE, "La réaffirmation du caractère exceptionnel de l'occupation privative des plages" in *Actualités juridiques du droit administratif* n°27, 2006
- C. MAUGÜE, "La codification de la jurisprudence dans le code de la commande publique : jusqu'où ? " dans la *Revue Française de Droit Administratif*, 2019
- F. MELLERAY - R. NOGUELLOU, *La codification des règles jurisprudentielles*, AJDA, Paris, 2019
- P.A. MERLIN, *Acte administratif, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence I*, LEN, Paris, 1812.
- J. MORAND-DEVILLER, "Les concessions de plages naturelles", dans *Actualités juridiques du droit administratif*, 2002.
- E. MULLER, "La délibération sur le principe de la délégation de service public relève du contentieux de l'excès de pouvoir" in *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, 2021.
- S. NICINSKI, *La délégation de service public et le temps*, AJDA, Paris, 2013.
- R. NOGUELLOU, *L'exécution des contrats de concession*, AJDA, Paris, 2016

- B. ODENT - D. TRUCHET, "La compétence de la juridiction administrative", in *La justice administrative*, P.U.F, Paris, 2008.
- G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone, Paris, 1945.
- T. PEZ, "Le risque, les concessions et les marchés", in *Revue Française de Droit Administratif*, 2016.
- B. PLESSIX, "Action administrative et dualisme juridique en France", dans C.-A. DUBREUIL (dirigé par), *L'évolution du droit administratif en France et en Russie*, P.U.F., coll. "Thémis essais", Paris, 2016.
- B. PLESSIX, "De Craponne à Bordeaux" in *Droit administratif*, 2016
- B. PLESSIX, " Les actes détachables ", in F. BRENET, A.-L. GIRARD, *Cohérence et actes administratifs*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Actes Et Colloques, Poitiers, 2020.
- B. PLESSIX, " Les sous-concessions domaniales : territoire d'un contentieux ", in *Mélanges RICHER*, LGDJ, Paris, 2013.
- B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, Paris, 2018
- B. PLESSIX, *Droit administratif général*, LexisNexis, Paris, 2020
- B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans le droit administratif*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001.
- B. PLESSIX, *L'éternelle jouvence du service public*, JCP A, Paris, 2005
- C. PREBISSY-SCHNALL - B. CASTAING - R. NOGUELLOU, *Les marchés publics, notion, modalités de gestion, exécution, Litec*, Tournus, 2003
- M. PRUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, V. Lagier, Paris, 1843.
- J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, Paris, 1992.
- L. RICHER, "La fin des contrats", dans *Revue Française de Droit Administratif*, 2016
- L. RICHER, *La concession en débat*, LGDJ, Paris, 2014
- L. RICHER - F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs, 10ème éd.*, LGDJ, Paris, 2016
- J. RIVERO, *De l'idéologie à la règle de droit : la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative, laïcité*, PUF, Paris, 1960
- J. RIVERO, *Droit administratif*, LGDJ, Paris, 1960

- S. RODRIGUES, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Tec et Doc, Cachan, 2000
- C. ROUX (sous la direction de), *L'environnementalisation du droit. Études en l'honneur de Sylvie Caudal*, Fondations Varenne, Colloques & essais, Paris, 2019
- M. SAPIN, 'La place et le rôle des usagers dans les services publics. Rapport au Premier ministre', dans *La Documentation française*, Dila, Paris, 1983.
- P. TERNEYRE, 'La notion de marchés publics : rupture ou continuité ? "dans *Contrats-Marchés publics*, 2016
- P. TERNEYRE, 'La notion de marché public : rupture ou continuité ? " dans *Contrats-Marchés publics*, 2014
- P. TERNEYRE, *La durée des contrats*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 2016
- M. TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Paris, 2019
- D. TRUCHET, *Nouvelles récentes d'un illustre vieillard : label de service public et statut du service public*, AJDA, Paris, 1982
- D. TRUCHET, *Renoncer à l'expression service public*, AJDA, Paris, 2008
- M. UBAUD-BERGERON, "Les sous-concessions domaniales", in *Contrats et propriétés publiques*, LexisNexis, Paris, 2011
- M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 4 ed. Paris, 2022
- M. UBAUD-BERGERON, *Le champ d'application des nouvelles dispositions* in *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, 2016
- F. URDEAU, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., Paris, 1995
- P.G. VAN DE VYVER, *Le service public local, guide pratique de gestion*, Sorman, Paris, 1989
- G. VEDEL, *Droit administratif 7e édition*, P.U.F., Paris, 1980
- J.B. VILA, *L'occasion manquée de la nouvelle réforme des contrats de délégation des services publics*, JCP A, Paris, 2016.
- P. YOLKA, *Application de la jurisprudence "Société des Steeple-chases de France". un obstacle imprévu*, JCP A, Paris, 2017
- P. YOLKA, *Les sous-concessions domaniales : cartographie d'un contentieux*, JCP A, Paris, 2007
- S. ZIANI, *Du service public à l'obligation du service public*, LGDJ, Paris, 2015.

W. ZIMMER, " Les procédures de passation des concessions de droit commun ", in *Contrats-marchés publics*, 2016

BIBLIOGRAPHIE INTERNATIONALE

P. AGHION - C. ANTONIN - S. BUNEL, *The Power of Creative Destruction : Economic upheaval and the wealth of nations*, Belkap Press, Cambridge (Mass.), 2021

E. BADIAN, *Publicans and sinners : private enterprise in the service of the Roman Republic*, B. Blackwell, Oxford, 1972

J. BAQUERO CRUZ, "Beyond Competition : Services of General Interest and European Community Law", in *EU Law and the Welfare State*, Oxford University Press, Oxford, 2005

C. BARNARD, "Unravelling the Services Directive", in *Common Market Law Review vol. 45*, 2008

C. BARNARD - J. SCOTT, *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Oxford University Press, Oxford, 2002

A. BROWN, "The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities", in *Common Market Law Review*, Kluwer Academics Publisher, Pays-Bas, 1993.

J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, 2000

R. CARANTA, 'Judicial protection against Member States : A new jus commune takes shape', in *Common Market Law Review n° 32*, 1995

P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006

G. DELLA CANANEA, 'Beyond the State : the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law', in *European Public Law*, 2003

A.S. GRAELLS, *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2011

J. JASPER - F. MARX, "Einführung" in *Vergaberecht Auflage*, Munich, 2009.

G. JEZE - E.GARCÌA DE ENTERRÌA, 'La figura del contrato administrativo', in *Revista de administraciòn publica*, no. 41, 1963

E. MANUNZA et W. J. BERENDS, "Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules", in U. NEERGAARD, E. SZYSZCZAK, J. W. VAN De

- GRONDEN et M. KRAJEWSKI (eds.), *Social Services of General Interest in the EU*, TMC Asher Press, La Haye, 2013
- H. MAURER, *Verwaltungsrecht 14*, Auflage München, 2002
- O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1892
- P. ORIANNA, "La loi et le contrat dans les concessions de service public", in *Revue Internationale de Droit comparé*, Bruxelles, 1961
- J. SCHWARZE, "Europäisches Verwaltungsrecht Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft" in *Revue Internationale de Droit comparé*, Bruxelles, 1991
- J. SCHWARZE, *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2010
- E. SZYSZCZAK, "Public Service Provision in Competitive Markets", in *20 Yearbook of European Law*, Clarendon Press, Oxford, 2001
- C. TURPIN, *Government Contracts*, Penguin Books, Harmondsworth, 1972
- M. WIBERG, *La directive européenne sur les services : Law or Simply Policy*, Springer, La Haye, 2014
- A. WINTERSTEIN, 'Le marché intérieur et les services d'intérêt économique général', in G. AMATO, H. BRIBOSIA et B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007

Jurisprudence

CONSEIL D'ÉTAT

- CE, 15 juillet 1881, Syndic de la faillite du chem. de fer d'Orléans à Rouen
- CE, 24 juillet 1885, Ville de Vichy
- CE, 15 janvier 1897, Soc. départementales d'usines à gaz
- CE, 22 juin 1900, Commune de Maromme
- CE, 16 janvier 1903, Communes de Juvisy et de Viry-Châtillon
- CE, 23 janvier 1903, Chem. de fer économiques du Nord
- CE, 6 février 1903, Terrier
- CE, 21 décembre 1906, Synd. des propriétaires du quartier Croix de Seguey-Tivoli
- CE, 31 mai 1907, Deplanque c. Ville de Nouzon
- CE, 4 mars 1910, Théron
- CE, 11 mars 1910, Compagnie française des tramways
- CE, 31 juillet 1912, Société des Granites des Vosges
- CE, 30 mars 1916, Compagnie générale du gaz de Bordeaux
- CE, 16 juin 1922, Compagnie générale des eaux c. Ministre de la Marine et Ville de Toulon
- CE, 17 mars 1934, Gouverneur général de l'Algérie c. sieur Carta
- CE, 20 mars 1942, Dame veuve Bastit
- CE, 5 mars 1943, Compagnie générale des eaux
- CE, 20 avril 1956, Époux Bertin
- CE, 20 avril 1956, Ministre de l'Agriculture c. Consorts Grimouard
- CE, 10 juillet 1957, Gervaise
- CE, ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval
- CE, 8 avril 1959, Sté industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme
- CE, 13 octobre 1961, Établissements Campanon-Rey
- CE, 26 novembre 1971, Sté de fertilisants humiques
- CE, 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Saint
- CE, 3 mai 1974, concl. Dutheillet de Lamothe
- CE, 23 mars 1983, S.A. Bureau Véritas et autres
- CE, 17 décembre 1986, n°76747, Syndicat de l'Armagnac et des vins du Gers
- CE, 2 février 1987, StéTV6
- CE, 20 janvier 1988, SCI la Colline
- CE, 6 mai 1991, Syndicat intercommunal du bocage
- CE, 10 janvier 1992, Association des usagers de l'eau de Peyreleau

CE, 15 juin 1994, Syndicat des transports publics de la région de Douai
CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches du Rhône c. Commune de Lambesc
CE, 11 mars 1998, Commune de Rognes
CE, 16 septembre 1999, n° 362908
CE, 21 juin 2000, Sarl Plage
CE, 3 octobre 2003, Commune de Ramatuelle
CE, 3 mai 2004, Fondation d'assistance, aux animaux
CE, 18 mai 2004, Cinémathèque française, n° 370169
CE, 19 avril 2005, n° 371234
CE, 6 juillet 2005, Stè Groupe Partouche
CE, 7 août 2005, n° 1564
CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence
CE, 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois
CE, 16 juillet 2007, n° 293229
CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée
CE, 30 janvier 2009, n° 290236
CE, 5 juin 2009, n° 298641, Sté Avenance, enseignement et santé
CE, 5 juin 2009, n° 295837, Commune de Richardmenil
CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles
CE, 8 février 2010, n°323158, Cne Chartres
CE, 3 décembre 2010, n°338272 et n°338527, Ville de Paris - Asso. Paris Jean Bouin
CE, 27 janvier 2011, Commue de Ramatuelle
CE, 19 mars 2012, n° 341562, SA Groupe Partouche
CE, 13 juillet 2012, Compagnie méridionale de navigation et Sté nationale Corse Méditerranée.
CE, 13 juillet 2012, Communauté de communes d'Erre et Gevres
CE, 21 décembre 2012, n° 342788
CE, 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris
CE, 7 mars 2014, n° 49347, Centre hospitalier universitaire-Hôpitaux de Roue.
CE, 27 octobre 2015, n° 386595
CE, 30 mars 2016, n° 59928
CE, 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique.
CE, 27 mars 2017, n°390347, Sociétés Procedim et Sinfimmo.
CE, 24 mai 2017, n° 407213, Société Régal des Iles.
CE, 24 mai 2017, n° 407264
CE, 9 février 2018, n° 404982.
CE, 25 mai 2018, n° 416825, Soci. P. Védiaud Publicité c. S. Thibault-des-Vignes
CE, 08 janvier 2020, n° 428280, Bordeaux Métropole
CE, 16 juillet 2020, n° 430518
CE, 3 décembre 2020, n° 401549

TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 8 février 1873, Blanco
TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain
TC, 11 juillet 1933, Dame Mélinette
TC, 17 décembre 1962, Dame Bertrand
TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot
TC, 10 octobre 1966, Dame Veuve Canasse
TC, 3 mars 1969, Soc. Interlait
TC, 28 mai 1979, Cergy-Pointoise
TC, 6 juin 1989, Préfet de Paris
TC, 17 mai 2010, INSRM
TC, 9 mars 2015, Mme Rispal c. Société ASF

COUR CONSTITUTIONNELLE

Cour constitutionnelle. 7 novembre 1995, n° 482
Cour constitutionnelle. 6 juillet 2004, n° 204
Cour constitutionnelle, 11 mai 2006, n° 191
Cour constitutionnelle, 5 février 2010, n° 35
Cour constitutionnelle, 12 mai 2011, n° 167
Cour constitutionnelle. 25 novembre 2016, n° 251

CONSEIL D'ÉTAT

Cons. St. Sec. VI, 2 novembre 1970, n° 1982,
Cons. St. Sec. VI, 8 juillet 1980, n° 724
Cons. St. Sec. VI, 9 février 1982, no. 70
Cons. St., sec. V, n° 2440 25 juin 1999
Cons. St., sec. V, 13 mars 2000, n° 1262
Cons. St., A.P., 03 mars 2008, no. 1
Cons. St., sec. V, 2 mai 2013, n° 2385
Cons. St. A.P., 30 janvier 2014, n° 7
Cons. St., A.P. 20 juin 2014, n° 14
Cons. St. n° 3653 du 19 août 2016
Cons. St., sez. V, 19 août 2016, n° 484
Cons. St., sec. V, 13 février 2019, n° 1034
St. cons., sec. VI, 18 juillet 2019, n° 358
Cons. St., sec. V, 20 août 2019, n° 5744

Cons. St., sec. V, 22 août 2019, n° 5780
Cons. St., sec. V, 9 avril 2020, n° 2348
Cons. St., sec. VI, 04 mai 2020, n° 2810
Cons. St., sec. V, 06 juillet 2020, n° 4307
Cons. St., sec. VI, 13 juillet 2020, n° 4530
Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 11 août 2020, n° 715
Cons. St., II, 8 octobre 2020, n° 5981
Cons. St., sec. III, 13 octobre 2020, n° 6181
Cons. St., Sec. VI, 30 novembre 2020, n° 7540
Cons. St., sec. III, 2 décembre 2020, n° 7646
Cons. St., sec. V, 23 décembre 2020, n° 8298
Cons. St., sec. V, 28 janvier 2021, n° 858
Cons. St., sec. V, 8 février 2021, n° 1123
Cons. St., sec. V, 16 mars 2021, n° 5278
Cons. St., sec. V, 18 août 2021, n° 5915
Cons. St., sec. V, 15 septembre 2021, n° 6295
Cons. St., sec. V, 01 octobre 2021, no. 6599
Cons. St., sec. VI, 18 octobre 2021, n° 6701
Cons. St., A.P., 09 novembre 2021, no.
Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 14 janvier 2022, n° 328
Cons. St. Sec. IV, 03 février 2022, no. 327
Cons. St., sec. V, 04 février 2022, n° 795
Cons. St. Sec. IV, 11 avril 2022, n° 2705

COUR DE CASSATION

Cass., Rome, 17 mai 1898
Cass., Rome, 10 juin 1904
Cass., Rome, 12 janvier 1910
Cass., Rome, 12 janvier 1910
Cass., Rome, 12 janvier 1910
Cass., Rome, 27 septembre 1915
Cass., Rome, 9 février 1918
Cass., Rome, 20 février 1925
Cass. Rome, le 7 juillet 1925
Cass., 27 janvier 1959, n° 224
Cass., 21 juillet 1967, n° 1894
Cass., 25 mai 1968, n° 1604
Cass., 15 avril 1971, n° 1070
Cass., 13 mars 1972 n° 728
Cass. 9 mai 1977, n° 1786

Cass., 29 décembre 1990, n° 12221
Cass., ss. uu., 15 mars 2001, n° 9648
Cass. civ., ss. uu., 18 avril 2002, n° 5640
Cassation civile, 1er janvier 2010, n° 13338
Cass. civ. 3 décembre 2015, n° 5492
Cass. civ., 29 février 2016, n° 3940
Cass. civ., 26 septembre 2017, n° 22357
Cass. civ., sec. un., 9 août 2018, n° 20682.
Cass. civ., ss. uu., 4 septembre 2018, n° 21597.
Cass. civ. 9 octobre 2019, n° 25380
Cass. civ. 14 octobre 2019, n° 25849
Cass. civ., ss. uu., 25 février 2019, n° 5453.
Cass. civ., ss. uu., 12 septembre 2019, n° 22769
Cass. civ., ss. uu., 27 novembre 2019, n° 31029.
Cass. civ., ss. uu., 18 juin 2020, n° 11867
Cass., ss. uu., 30 octobre 2020, n° 24111
Cass. civ. 26 mars 2021, n° 8630
Cass. civ., 14 septembre 2021, n° 24704
Cass. civ., ss. uu., 28 juillet 2021, n° 21650
Cass. lav., 28 octobre 2021, n° 30480
Cass., ss. uu., 18 avril 2022, n° 5640

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS REGIONAUX

T.A.R. Emilia-Romagna, 14 janvier 1975, no. 19
T.A.R. Lazio, 26 juin 1987, n° 1273
T.A.R. Lazio, sec. III, 19 mars 1987, n° 331
T.A.R. Calabria, (Catanzaro), sec. II, 4 novembre 2009
Tribunal administratif régional du Piémont, 2010, n° 2750
T.A.R. Genova, (Liguria) sec. II, 26 avril 2016, no. 412
T.A.R. Campania-Napoli, sec. II, 12 juillet 2018, no. 4652
T.A.R. Rome, sec. III, 01 décembre 2020, no. 12826
T.A.R. Roma, (Lazio) sec. II, 08 janvier 2021 no. 370
T.A.R., Gênes, sec. I, 23 janvier 2021, n° 59
T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia) sec. I, 12 février 2021, n° 52
T.A.R. Genova, (Liguria) sec. II, 05 mai 2021, no. 406
T.A.R. Roma, (Lazio) sec. II, 01 septembre 2021, no. 9451
T.A.R. Napoli, sec. II, 23 septembre 2021, n° 5995
T.A.R. Palerme, (Sicile) sec. III, 18 octobre 2021, n° 2 837
T.A.R. Latina, sec. I, 04 novembre 2021, no. 599

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

- CJCE, 9 juin 1977, C-76/90, Van Ameide
CJCE, 20 septembre 1988, C-31/78, Gebroeders Beentjes c. Pays-Bas
CJCE, 17 février 1993, Affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Christian Poucet c. Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon
CJCE 26 avril 1994, C-272/91, Commission c. Italie, Lottomatica
CJCE, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard
CJCE, 10 novembre 1998, C.360/96 Gemeente Arnhem c. B.F.I. Holding B. V.
CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal
CJCE, 18 novembre 1999, C-275/98, Unitron Scandinavia
CJCE, 15 juin 2000, C-275/98
CJCE, 12 septembre 2000, Affaires jointes C-180/98 et C - 184/98, Pavel et autres
CJCE, 7 décembre 2000, C-324/98
CJCE, 20 février 2001, C-205/99, Analir
CJCE, 3 décembre 2001, C-59/00, Bent Moustén Vestergaard
CJCE, 27 février 2003, C-373/2000
CJCE, 10 avril 2003, C-20/01, Commission européenne c. Rep. Fed. Allemagne
CJCE, 10 avril 2003, C-20/01 et C-28/01
CJCE, 15 mai 2003 C-214/2000
CJCE, 15 juillet 2004, C-37/02 et C-38/02, Di Lenardo
CJCE, 15 juin 2005, T-17/2002, Olsen c. Commission
CJCE, 13 octobre 2005, C-458/03, Parking Brixen
CJCE, 20 octobre 2005, C-264/03, Commission c. France
CJCE, 18 juillet 2007, C-382/05, Commission c. Italie
CJCE, 29 novembre 2007, C-119/06
CJCE, 13 octobre 2008, C-437/07
CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, Stadler
CJUE, 24 mars 2011, C-400/08, Commission c. Espagne
CJUE, 10 novembre 2011, C-348/10
CJUE 14 juillet 2016, C-458/14 et C-67/15, Promoimpresa Srl
CJUE, 20 décembre 2017, C-66/16, Com. del País Vasco c. Commission européenne

Résumé (1700 caractères) :

Cette thèse a pour objectif d'apporter un éclaircissement sur la notion de la concession de service public en droit français et italien, en suivant la méthode comparative, après l'intervention sur les contrats public du droit européen.

Au niveau de l'intérêt pratique de la thématique, dans un moment historique où il est nécessaire de faire face à la crise sanitaire, les États Membres peuvent se servir de la concession pour répondre aux nouveaux besoins des usagers de services, dans le cadre des plans de relance.

Au niveau de l'intérêt théorique, la nature juridique de la concession de service public a subi une évolution notable dans les deux systèmes.

Pour cela, les deux premiers chapitres sont consacrés à la notion de concession de service public en France et en Italie. Similairement, les deux droits ont premièrement développé des notions biphasiques de la concession (l'acte mixte, la *concessione-contratto*), mais, si en France l'unité est arrivée avec la notion de contrat administratif, en Italie ce n'est qu'avec les directives européennes que s'est imposée une nature contractuelle, avec des répercussions importantes sur le plan du régime et de la juridiction.

Le troisième chapitre s'attache alors à insérer un élément dynamique : l'irruption du droit européen, basé sur les principes de libre concurrence, dans la concession de service et dans la création de la notion de service économique d'intérêt général.

Quelle place reste-t-il à la concession de service public ? Quelle unité pour la commande publique nationale et locale ? Et finalement, quelle place pour la spécificité nationale ? Les deux derniers chapitres essaient de donner une réponse à ces interrogations.

Descripteurs : Commande publique ; concession de service public ; service d'intérêt économique général ; délégation de service public ; droit public comparé ; droit public italien ; service public.

Title and Abstract (1700 characters):

The aim of this thesis is to clarify the concept of the public service concession in French and Italian law, following the comparative method, after the intervention on public contracts in European law.

In terms of the practical interest of the topic, in a historical moment when it is necessary to face the health crisis, the Member States can use the concession to meet the new needs of the users of services, within the framework of the recovery plans.

In terms of theoretical interest, the legal nature of the public service concession has undergone a significant evolution in both systems.

For this reason, the first two chapters are devoted to the concept of public service concession in France and Italy. Similarly, the two legal systems initially developed biphasic notions of the concession (the mixed act, the concession-contract), but, if in France unity arrived with the notion of administrative contract, in Italy it is only with the European directives that a contractual nature was imposed, with important repercussions on the level of the regime and the jurisdiction.

The third chapter then attempts to insert a dynamic element: the irruption of European law, based on the principles of free competition, in the service concession and in the creation of the concept of economic service of general interest.

What place is left for the public service concession? What unity for the national and local public order? And finally, what place for national specificity?

The last two chapters attempt to provide an answer to these questions.

Keywords: Public procurement ; concession ; services of general economic interest ; contracting authorities ; public utilities ; comparative public law ; licence.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.