Laure RAGIMBEAU, Marion UBAUD-BERGERON, et Ferdi YOUTA.

Par un malicieux hasard de procédure, ce sont deux des plus fameuses jurisprudences du Conseil d'État qui ont été successivement passées au crible du contrôle de conventionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) à la fin de l'année dernière : d'abord saisie de la jurisprudence relative à la théorie des biens de retour[1] par laquelle le Conseil d'État a déterminé l'étendue du droit de retour gratuit des biens de la concession dans le patrimoine de l'autorité concédante en fin de contrat[2], la CEDH a eu à se prononcer un mois plus tard sur la conventionnalité de la très discutée jurisprudence « Czabaj »[3] par laquelle le Conseil d'État a enfermé dans un délai « raisonnable » le droit de contestation des décisions administratives[4]. Très attendues, les deux décisions rendues par la CEDH feront naturellement l'objet d'analyses nombreuses : tel ne sera pourtant pas le propos de ce commentaire car, à bien y regarder, c'est aussi sur un tout autre plan que ces deux saisines peuvent susciter un étonnement assez vif.

Les deux jurisprudences administratives contestées, qui font figure de ce qu'il est usuel de nommer des « arrêts de principe », ont indéniablement une incidence considérable sur la situation des administrés français, sur le plan du droit au respect de la propriété privée pour la première et celui de l'accès au juge pour la seconde : il est donc, en soi, bien légitime que des justiciables s'assurent que de telles règles de droit ne portent pas une atteinte illégitime ou disproportionnée aux droits fondamentaux. Mais, dans la mesure où existe en France une telle voie de contrôle depuis l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet à un justiciable de se prévaloir d'une « *atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »[5], il est à tout le moins surprenant que cette contestation n'ait pas été portée devant la plus haute juridiction gardienne des droits fondamentaux en France, d'autant plus que les deux droits ici invoqués font évidemment l'objet d'une protection constitutionnelle : pourquoi diable affronter une longue procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme lorsque le droit français semble offrir tout le « confort moderne » en termes de protection des droits et libertés fondamentales devant le Conseil constitutionnel ?

Au-delà des circonstances d'espèces propres à ces dossiers, sans doute une explication générale vient-elle de ce que la montée en puissance des droits fondamentaux allant de pair avec la diversification des contrôles juridictionnels[6], cette complémentarité se fait au profit du justiciable à qui le choix du juge, au moins en partie, est laissé : saisir la CEDH plutôt que le Conseil constitutionnel relèverait donc avant tout d'un choix contentieux en harmonie avec la logique

contemporaine de défense des droits fondamentaux qui tend à placer les juges dans un rapport de concurrence. Or ce dernier repose mécaniquement sur une appréciation comparative de la part du requérant, ici sur les chances de succès : faut-il en déduire, en tout cas pour ces litiges, qu'une saisine de la cour de Strasbourg était stratégiquement plus opportune que celle du juge constitutionnel français[7] ?

Derrière cet étonnement, à peine feint, se dessine le point d'achoppement de ces deux affaires, révélatrices d'une brèche assez sérieuse de notre système juridictionnel de protection des droits fondamentaux : c'est que les deux règles de droit ici contestées ont pour fondement direct non pas une loi mais un arrêt du Conseil d'État. Et si le fondement jurisprudentiel du droit administratif est inhérent, historiquement, à la construction même de cette discipline, force est de constater qu'il présente aussi une limite : quel juge peut contrôler la conformité d'une jurisprudence administrative aux droits fondamentaux ?

C'est précisément sous cet angle que ces affaires seront analysées, en se livrant à une sorte de fiction juridique : les deux jurisprudences du Conseil d'État ici débattues auraient-elles pu potentiellement faire l'objet d'une QPC devant le Conseil constitutionnel (I) et sa réponse aurait-elle été nécessairement différente de celle rendue par la CEDH (II et III) ?

I. Sur la potentialité d'une QPC

Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, les Sages de la rue de Montpensier ne peuvent être saisis d'une QPC qu'à l'égard d'une « *disposition législative* » portant atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. De prime abord, cette précision semble constituer un obstacle dirimant à la perspective de l'introduction d'une QPC à l'encontre des jurisprudences « Czabaj » et « Vallée de l'Ubaye », tant il est admis que, dans la tradition française héritée de Montesquieu, « *l'interprétation jurisprudentielle n'est jamais une source de droit et ne saurait revendiquer le statut de ''disposition législative''* »[8]. Pourtant, après que plusieurs tentatives de contestations contentieuses de jurisprudences, sur le terrain de la QPC, aient vu le jour, le Conseil constitutionnel a finalement tranché la question en 2010 en posant le principe suivant : en soulevant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition législative[9]. Cette ouverture ne doit pas surprendre, car elle s'explique par ce qui constitue l'essence même du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* tel que voulu par le constituant, c'est-à-

dire un contrôle ne visant pas de manière abstraite une loi « sèche » avant sa promulgation, mais portant au contraire sur une loi vivante telle qu'elle a été appliquée par les juges depuis son adoption parlementaire[10]. Si le principe de la contestation, par une QPC, de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative est donc admis, reste à savoir s'il peut trouver à s'appliquer aux jurisprudences « Czabaj » et « Vallée de l'Ubaye ».

Concernant la première, le cœur de la problématique pourrait être résumé de la façon suivante : par cette décision, le Conseil d'État s'est-il contenté d'interpréter de manière constante une disposition législative, ou a-t-il créé, de manière prétorienne, un nouveau délai de recours contentieux ?

D'emblée, précisons que la question relative au caractère constant ou non de l'interprétation jurisprudentielle ne soulève ici pas de difficulté particulière, puisque celle-ci est appréciée avec souplesse. Une interprétation réalisée par une cour suprême, dans une seule décision, peut constituer une jurisprudence constante[11].

En revanche, plus délicate est la question de savoir si la jurisprudence « Czabaj » constitue bel et bien une interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative. Certes, la solution n'est pas détachée de tout fondement textuel puisque le juge accorde, dans sa motivation, une large place au rappel des dispositions du Code de justice administrative, au premier rang desquelles l'article R. 421-5 qui énonce que « *Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision* ». Point de départ du raisonnement du juge, ces dispositions du Code de justice administrative reçoivent ensuite une lecture constructive justifiée par le principe de sécurité juridique qui fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance[12]. Dans une telle hypothèse, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable qui ne saurait excéder un an. La démarche opérée par le juge administratif dans cette décision est probablement sujette à discussion selon la conception retenue de l'office du juge et la façon dont est envisagée la démarcation entre interprétation et construction jurisprudentielle, mais il est permis de considérer que la solution « Czabaj » relève bien d'une interprétation jurisprudentielle et non pas d'une pure création prétorienne. Étayant cette perspective, les conclusions du rapporteur public M. Olivier Henrard sur cette affaire laissent entrevoir sa volonté de ne pas

amener le juge administratif à procéder à un ajout trop substantiel à l'article R. 421-5 du Code de justice administrative. Si le juge administratif est bien invité à dégager une nouvelle limite temporelle à l'action contentieuse introduite par le destinataire d'une décision qui en a eu connaissance, ce n'est pas sur le terrain d'une prescription extinctive qu'il s'agirait de la consacrer. Une telle option supposerait d'en définir par voie prétorienne un régime complet, et M. Olivier Henrard reconnaît « *qu'il s'agirait d'un bien gros codicille à l'article R. 421-5 du code de justice administrative et qu'une telle tâche incombe plutôt au pouvoir réglementaire, voire au législateur en fonction de la nature du droit qu'il s'agit d'éteindre*. »[13].

S'il est donc possible de qualifier la démarche du juge administratif comme étant interprétative des dispositions du CJA, il reste que cette interprétation porte précisément sur une disposition réglementaire dudit Code – l'article R. 421-5 du CJA – et non pas sur une disposition législative. Tel semble être, *in fine*, l'obstacle le plus insurmontable à l'introduction d'une QPC à l'encontre de la décision « Czabaj ».

Toutefois, cette impasse pourrait être contournée en reliant l'article R. 421-5 du CJA à l'article L. 112-6 du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA), aux termes duquel « *Les délais de recours ne sont pas opposables à l'auteur d'une demande lorsque l'accusé de réception ne lui a pas été transmis ou ne comporte pas les indications exigées par la réglementation.* ». Dans l'hypothèse envisagée par cet article du CRPA, la sanction de la non-transmission de l'accusé de réception ou de l'absence des indications exigées par la réglementation réside normalement dans l'inopposabilité des délais de recours. Or, la décision « Czabaj » neutralise cette sanction et affecte donc la portée de cette disposition législative puisqu'elle conduit à enfermer dans un délai raisonnable le recours juridictionnel que souhaiterait introduire le destinataire d'une décision administrative ne comportant pas les voies et délais de recours.

Par le truchement de cette lecture croisée des articles R. 421-5 du CJA et L. 112-6 du CRPA, la perspective de l'introduction d'une QPC à l'encontre de la jurisprudence « Czabaj » redevient donc un horizon envisageable.

Concernant la décision « Vallée de l'Ubaye »[14], dans laquelle la qualification de biens de retour a été appliquée aux biens nécessaires au fonctionnement du service public même s'ils ont été acquis par le concessionnaire avant la signature du contrat, l'hypothèse d'une QPC introduite à son encontre se heurte, *a priori*, à moins d'obstacles.

La première raison réside dans le fait que l'interprétation développée par le Conseil d'État dans cette décision peut, sans difficulté, être rattachée à des dispositions législatives. Pour cause, la théorie des biens de retour bénéficie désormais d'une assise législative aux articles L. 3132-4 et L. 3132-5 du code de la commande publique.

La seconde raison tient à une autre série de dispositions législatives précisément en cause dans la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye », qui porte sur l'exploitation de remontées mécaniques. Référence est ici faite à la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne désormais codifiée dans le code du tourisme, qui a qualifié de service public le service des remontées mécaniques. À cet égard, la circonstance que certaines dispositions de cette loi aient été abrogées est sans incidence sur la perspective d'une QPC puisque le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion d'admettre la recevabilité d'une QPC portant sur des dispositions législatives abrogées[15].

Dès lors, d'un point de vue strictement juridique, les jurisprudences « Czabaj » et « Vallée de l'Ubaye » pourraient bel et bien faire l'objet d'une QPC. Que cette perspective soit juridiquement envisageable est une chose ; qu'elle ait ensuite de sérieuses chances d'être concrétisée par le Conseil d'État en est une autre. En effet, il n'est pas certain que le Palais-Royal accepte de renvoyer ces QPC au Conseil constitutionnel et de se retrouver, ce faisant, face au risque de voir sa propre jurisprudence jugée contraire aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Pour se prémunir d'une telle issue, il pourrait donc être tentant, pour le juge administratif suprême, de ne pas voir, dans les deux décisions ici en cause, l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative. D'aucuns ont montré que le Conseil d'État opère un tri assez subjectif entre les jurisprudences qui « *interprètent véritablement des dispositions législatives et celles qui ne seraient qu'un complément de ces dispositions* »[16]. Plus largement, les cours suprêmes mobilisent différents procédés pour tenter de « *limiter au maximum les QPC posées à l'encontre de leur propre jurisprudence* »[17].

Face au caractère aléatoire du renvoi au Conseil constitutionnel, par le Conseil d'État, d'une QPC formée à l'encontre de sa propre jurisprudence, se dévoile, en creux, tout l'intérêt d'un recours introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme qui peut amener cette dernière à contrôler toute norme de droit interne, qu'elle soit d'origine jurisprudentielle ou législative[18]. En somme, transparait ici la profonde complémentarité, par rapport à la QPC, du recours à la Cour de Strasbourg, dont la saisine permet de combler un véritable angle mort de notre

système juridictionnel national de protection des droits fondamentaux.

II. Sur l'apport d'une QPC quant à la jurisprudence « Czabaj »

À supposer qu'une telle QPC puisse être introduite, la question se pose de savoir si la saisine du Conseil constitutionnel aurait conduit à une appréciation différente de celle de la CEDH. Avant d'y répondre, un bref rappel des solutions respectives du Conseil d'État et de la CEDH s'impose.

Par sa décision « Czabaj », le Conseil d'État a établi, de façon purement prétorienne, une limite dans le temps à la contestabilité des décisions administratives individuelles : ainsi, si l'absence de mention de voies et délais de recours lors de la notification de la décision ne permet pas de faire courir le délai de contestation contentieuse à son égard, le principe de sécurité juridique « *fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance* », imposant au destinataire de la décision de contester celle-ci dans un « *délai raisonnable* », délai fixé à un an par le juge dans cette décision. Il est peu de dire que cette décision de la plus haute juridiction administrative n'a pas fait l'unanimité : y voyant un « arrêt de règlement »[19], la doctrine a vivement critiqué cette solution, dans son principe comme dans ses fondements, ce qui n'a pas empêché le champ d'application de celle-ci de s'étendre peu à peu dans le contentieux administratif.

À l'occasion de litiges de nature très diverse (préemption, permis de conduire, expropriation, décisions d'avancement dans la fonction publique, licenciement de salariés protégés, reconnaissance de maladies professionnelles…), la CEDH a été saisie par dix-huit requérants ayant pour point commun d'avoir vu leur recours rejeté en droit interne par les juridictions administratives en application de la jurisprudence « Czabaj » : se prononçant sur la conventionnalité de cette dernière, la CEDH juge que si « *la création, par voie prétorienne, d'une nouvelle condition de recevabilité, fondée sur des motifs suffisants justifiant le revirement de jurisprudence opéré, ne porte pas, alors même qu'elle est susceptible d'affecter la substance du droit de recours, une atteinte excessive au droit d'accès à un tribunal tel que protégé par l'article 6 § 1 de la Convention* », elle estime en revanche que l'application rétroactive de ce nouveau délai était à la fois « *imprévisible* » dans son principe et « *imparable* » en pratique et constitue dès lors une restriction de leur droit d'accès à un tribunal « *à un point tel que l'essence même de ce droit s'en est trouvée altérée* ». En outre, pour l'un des requérants, est également constituée une

violation de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention garantissant le droit au respect de ses biens, dès lors que celui-ci n'a pas été en mesure de pouvoir défendre sa cause devant les juridictions nationales pour pouvoir contester l'atteinte à son droit de propriété. La jurisprudence « Czabaj » est donc validée dans son principe même, et censurée seulement en ce qu'elle a été, comme toute règle jurisprudentielle nouvelle, d'application rétroactive.

Ces solutions étant rappelées, faisons un pas de côté : l'analyse du Conseil constitutionnel saisi d'une QPC serait-elle *a priori* différente ? La réponse s'avère délicate.

Il n'est tout d'abord pas certain que le Conseil constitutionnel ait pu aller plus loin que la CEDH en condamnant le principe même de la solution « Czabaj ». En effet, s'il est indéniable que le Conseil constitutionnel accorde une protection au droit de recours sur le fondement de l'article 16 DDHC[20] très similaire à celle que la CEDH accorde au droit découlant de l'article 6§1 de la Convention, dès lors qu'il veille à ce que ne soit pas « *porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »[21], ce contrôle ne l'empêche pas de tolérer des aménagements à l'exercice de ce droit au recours. Or on sait en la matière combien celui-ci se montre sensible aux exigences tirées de la sécurité juridique pour justifier certaines atteintes aux conditions d'exercice de ce droit : pour s'en tenir à un exemple, il faut se rappeler ainsi que c'est au nom de la sécurité juridique que le juge constitutionnel a pu admettre une restriction drastique des moyens invocables en référé contractuel[22] : là est toute l'ambivalence de la sécurité juridique qui, pour garantir la stabilité de certaines situations juridiques, le fait nécessairement au détriment du principe de légalité ou du droit au juge ! Dans ce contexte, rien ne dit par conséquent que le Conseil constitutionnel ne trouverait pas justifiée la solution consistant à enfermer le délai de recours contre les décisions individuelles dans le délai « raisonnable » d'un an.

Par ailleurs, il nous semble loin d'être acquis que le Conseil constitutionnel ait pu, s'il avait été saisi, censurer la rétroactivité de la jurisprudence « Czabaj » comme l'a fait la CEDH.

D'une part, le Conseil constitutionnel n'a jamais consacré de façon directe un principe de non-rétroactivité de la loi[23] : s'il peut, certes, lui arriver de poser une telle limite (en matière pénale, évidemment[24], mais également pour éviter que le législateur ne porte une atteinte anormale à des situations légalement acquises[25] ou à des contrats légalement conclus), il n'interdit pas par principe à toute

disposition législative d'avoir une portée rétroactive, bien au contraire. Or *a priori* la règle nouvelle aménageant le délai de recours des administrés à l'encontre des décisions administratives individuelles ne mentionnant pas les voies et délais de recours ne rentre dans aucune des situations où la rétroactivité de la règle serait en elle-même inconstitutionnelle.

D'autre part, à supposer que la règle jurisprudentielle de l'arrêt « Czabaj » ait pu faire l'objet d'une modulation dans le temps par le Conseil d'État comme le lui permet sa jurisprudence depuis 2007[26], il semble hasardeux d'affirmer que le Conseil constitutionnel aurait pu y voir une véritable obligation pesant sur le juge administratif, sauf à prendre le risque d'affirmer, et donc de reconnaître, le pouvoir normatif du Conseil d'État lorsque celui-ci procède à un revirement de jurisprudence, alors même que le Conseil constitutionnel se montre lui-même très prudent sur l'usage de son propre pouvoir créateur. Dès lors, pour pouvoir sanctionner la rétroactivité de cette jurisprudence « Czabaj », il faudrait pouvoir démontrer que l'absence de modulation dans le temps du revirement de jurisprudence initiée par la décision du Conseil d'État porte atteinte à un principe ayant lui-même valeur constitutionnelle : or l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui pourrait sous-tendre une obligation de prévisibilité de la règle, n'est pas invocable à l'appui d'une QPC[27], tandis que la sécurité juridique n'est pas consacrée en tant que telle par le Conseil constitutionnel.

De là à penser que les requérants ont sans doute été inspirés de saisir la CEDH, dont la solution leur offre sans doute bien plus que ce qu'ils auraient pu obtenir du Conseil constitutionnel par la voie d'une QPC, il y a un pas qu'un juriste français à l'esprit taquin serait tenté de franchir, même si la fiction de ce propos incite bien sûr à une certaine prudence.

III. Sur l'apport d'une QPC sur la théorie des biens de retour

Il a parfois été dit qu'en matière de protection de la propriété privée, la jurisprudence du Conseil constitutionnel était « en retrait »[28] par rapport à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le contentieux « Vallée de l'Ubaye » permet peut-être sinon de renverser, à tout le moins de relativiser cette appréciation, car il a précisément donné lieu à une décision de conformité de la Cour[29] somme toute peu protectrice de la propriété privée[30]. Si bien qu'en l'occurrence, après épuisement de la voie de recours internationale, le dernier recours semble en définitive être l'introduction d'une QPC devant le juge constitutionnel contre la solution dégagée par le Conseil d'État. À supposer, là

aussi, qu'une telle QPC puisse être introduite, quels griefs d'inconstitutionnalité[31] pourraient être soulevés et seraient-ils susceptibles de conduire le Conseil constitutionnel à adopter une solution différente de celle de la CEDH ? Avant d'essayer de répondre à ces questions, il importe de rappeler brièvement les faits de l'affaire.

Au milieu des années 1930, une station de ski est créée, aménagée et exploitée par diverses personnes privées, dont l'entreprise familiale SARL Couttolenc Frères, sur des terrains leur appartenant sur le territoire de la commune d'Enchastrayes. Des décennies plus tard, la loi du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne qualifie l'activité des remontées mécaniques de service public et en confie la gestion aux communes ou à leurs groupements qui peuvent soit l'exploiter en régie, soit le concéder. Afin de laisser aux acteurs du secteur le temps de s'adapter aux nouvelles dispositions, la loi prévoyait une période transitoire pouvant aller jusqu'à 14 ans. C'est à l'issue d'une telle période que la communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye et la SARL Couttolenc Frères ont conclu, le 28 décembre 1998, une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécaniques du Sauze. Au terme de la convention et après une procédure de mise en concurrence déclarée infructueuse, la communauté de communes a décidé de reprendre l'exploitation en régie. Les parties et les tiers disposant de droits sur les biens ont alors conclu un protocole d'accord prévoyant notamment le rachat des biens par la communauté de communes pour un montant total de 3 700 000 euros hors taxes. C'est la contestation de cet accord amiable par le préfet des Alpes-de-Haute-Provence qui a fourni au Conseil d'État l'occasion de juger que lorsque le cocontractant de l'administration est, avant la passation du contrat de concession, propriétaire de biens qu'il accepte, en signant la convention, d'affecter au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci, cette mise à disposition emporte le transfert gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique dès la conclusion du contrat.

Outre la méconnaissance du droit de propriété, sur lequel nous insisterons particulièrement, la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » semble aussi heurter, quoique de manière peut-être moins frontale, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. Par ailleurs, dans le cas particulier des remontées mécaniques, cette jurisprudence trouve en réalité sa source dans l'incompétence négative du législateur, qui n'a pas prévu de garanties suffisantes permettant de protéger ces droits et libertés lors de l'adoption de la loi du 9 janvier 1985. Tels sont, nous

semble-t-il, les moyens les plus susceptibles de prospérer devant le Conseil constitutionnel et grâce auxquels la QPC pourrait avoir un apport sur la théorie des biens de retour. Commençons par le plus évident, et sans doute le plus important, celui tiré de la violation du droit de propriété.

Le moyen tiré de la violation du droit de propriété. Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle qu'en l'absence de privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, il résulte néanmoins de l'article 2 de la même Déclaration que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi[32]. La qualification de la mesure contestée est essentielle, puisque le contrôle du juge diffère selon qu'il s'agit d'une privation ou d'une « simple » restriction du droit de propriété. Bien que la frontière entre privation et restriction du droit de propriété soit d'une imparfaite netteté, la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » du Conseil d'État semble relever du champ de l'article 17 de la Déclaration.

Le Conseil constitutionnel fait application de cet article aux mesures dont l'objet ou les effets ont véritablement pour conséquence de priver une personne de sa propriété[33]. Tel est bien sûr le cas de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique[34]. Au-delà de cet exemple évident, le Conseil a également eu à connaître de dispositions instaurant, au profit de l'État, le droit de retenir pendant six mois des objets d'art dont l'autorisation d'exportation avait été refusée, et alors même que le propriétaire n'avait manifesté aucune intention de les aliéner. Le Conseil constitutionnel considère que « *cette appropriation par une personne publique de biens mobiliers entraîne une privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789* »[35]. Citons encore cette décision où il est jugé que le transfert d'office par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de tout ou partie du portefeuille de contrats d'une société d'assurance, sans que celle-ci puisse au préalable procéder elle-même à cette cession, entraîne une privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration[36]. Mentionnons enfin cette décision dans laquelle le Conseil analyse sous l'angle de la privation de propriété des dispositions permettant aux communes d'imposer aux constructeurs, à l'occasion de la délivrance d'une autorisation d'urbanisme, la cession gratuite d'une partie de leur terrain[37].

La jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » du Conseil d'État ne nous paraît guère éloignée de ces différents cas. Décider que la conclusion du contrat de concession emporte le transfert à la personne publique des biens antérieurement détenus par le concessionnaire, n'est-ce pas exproprier ce dernier de ses biens ? Tout l'objet – et

tout l'intérêt – de la théorie des biens de retour est précisément d'imposer ce transfert automatique, et en principe gratuit, de propriété. C'est justement pour préserver le droit de propriété des cocontractants de l'administration que des juridictions du fond avaient exclu la qualification de biens de retour dans cette hypothèse. Elles avaient ainsi jugé que les biens appartenant au concessionnaire avant la concession étaient simplement mis à disposition pour son exécution et demeuraient par conséquent la propriété de la personne privée ; toutefois, afin de garantir la pérennité du service public, les parties devaient prévoir les modalités de rachat de ces biens par la personne publique[38]. Afin de concilier au mieux les nécessités du service public, sur lesquelles repose la théorie des biens de retour[39], et le droit de propriété, les juges du fond avaient donc opté pour la qualification de biens de reprise. C'est cet équilibre qui est remis en cause par la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye », laquelle ne peut être analysée autrement que comme entraînant, par elle-même, une privation de propriété. Les auteurs abondent d'ailleurs en ce sens, et évoquent tantôt la privation de propriété[40] tantôt l'expropriation[41] pour caractériser le transfert de propriété imposé par la décision. Cette qualification nous semble d'autant plus pertinente que c'est exactement celle que retenait… le Conseil d'État il y a une dizaine d'années. Saisi d'une demande d'avis sur le régime juridique des conventions d'exploitation des remontées mécaniques, le Conseil d'État avait estimé que s'agissant des biens privés installés sur une propriété privée, « *la personne publique responsable du service public des remontées mécaniques ne peut en prendre possession, hors accord amiable, qu'en mettant en œuvre la procédure de l'expropriation* »[42].

Le fait que le concessionnaire consente à la conclusion du contrat – laquelle entraîne donc le transfert de propriété – n'est-il pas de nature à renverser cette analyse ? Il y a en effet, aussi bien dans l'arrêt « Vallée de l'Ubaye » que dans les conclusions du rapporteur public, l'idée selon laquelle le partenaire de l'administration se priverait *volontairement* de ses biens en acceptant de contracter avec elle. On retrouve dans au moins une décision du Conseil constitutionnel l'affirmation que « *cette remise* volontaire *ou cette saisie [des biens en cause] n'entre pas dans le champ de l'article 17 de la Déclaration* ». Mais l'affaire concernait l'hypothèse très particulière des armes et munitions soumises à un régime de déclaration ou d'autorisation. Afin de prévenir les atteintes à l'ordre public ou à la sécurité des personnes, les dispositions contestées prévoyaient un « dessaisissement » obligatoire consistant pour le détenteur soit à vendre son arme, soit à la remettre à l'État, soit à la neutraliser. À défaut d'un tel « dessaisissement », ces mêmes dispositions organisaient une procédure de saisie.

C'est dans ce cadre spécifique que le juge constitutionnel a estimé que la « remise volontaire » ne constituait pas une privation de propriété[43]. On voit que l'objet des dispositions attaquées était moins de priver l'individu de sa propriété que de mettre fin à des situations dangereuses. Or la question du transfert de propriété est au cœur de la théorie des biens de retour, c'est même là sa raison d'être. De sorte que la situation régie par la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye », qui organise bien une dépossession du cocontractant, apparaît très différente de celle réglée par le Conseil constitutionnel dans l'affaire précitée[44].

On pourrait cependant encore opposer à la thèse d'une privation de propriété ou d'une expropriation certaines décisions du juge constitutionnel écartant l'application de l'article 17 de la Déclaration alors même qu'il constate une privation de propriété. Dans une décision du 31 juillet 2020, le Conseil constitutionnel considère que des dispositions du code de l'urbanisme permettant à une collectivité locale d'obtenir du juge judiciaire la démolition d'un ouvrage édifié sans autorisation d'urbanisme n'entrent pas dans le champ de l'article 17 de la Déclaration. Pour quels motifs ? Parce que, explique le Conseil, « *l'action en démolition ne constitue qu'une conséquence des restrictions apportées aux conditions d'exercice du droit de propriété par les dispositions du code de l'urbanisme. Elle n'a pour objet que de rétablir les lieux dans leur situation antérieure à l'édification irrégulière de la construction concernée. Il en résulte que, si la démolition d'un tel ouvrage a pour effet de priver son propriétaire de la propriété de ce bien irrégulièrement bâti, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789* »[45]. Toutes les privations de propriété ne sont donc pas des privations *au sens de* l'article 17 de la Déclaration. Mais peut-on considérer pour autant que la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » constitue une « fausse » privation de propriété ? Il est permis d'hésiter, car cette décision n'atteint pas le droit de propriété du concessionnaire de manière indirecte, par ricochet ; elle ne l'affecte pas à la marge, mais touche à sa substance même. Si bien que, là encore, il faudrait distinguer la décision « Vallée de l'Ubaye » des décisions du Conseil constitutionnel où les dispositions contestées n'ont pas en vue, ou alors de manière trop lointaine et secondaire, la privation de propriété. En matière de biens de retour, on l'a dit, le transfert de propriété du patrimoine privé vers le patrimoine public est l'objet même du dispositif.

Il faut, pour finir, ajouter qu'au-delà du droit de propriété du concessionnaire, la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » pose difficulté au regard du droit de propriété des tiers au contrat de concession. Dans l'affaire tranchée par le Conseil d'État, les

biens au cœur du litige, qualifiés de biens de retour, appartenaient comme indiqué plus haut à la société Couttolenc Frères *et* à d'autres personnes privées. Cette configuration est source d'inextricables difficultés qui ne profitent ni au droit de propriété, ni au bon fonctionnement du service public, ni même à la bonne administration de la justice. Après avoir, dans sa décision sur renvoi, annulé le protocole d'accord qui, rappelons-le, avait été signé par toutes les personnes ayant des droits sur les biens en cause, la cour administrative d'appel de Marseille doit maintenant faire face à un contentieux indemnitaire dont il apparaît d'ailleurs qu'une partie relève de la compétence du juge judiciaire[46]. Enhardie par la décision « Vallée de l'Ubaye », la communauté de communes est même allée jusqu'à demander au juge administratif de transmettre au Conseil d'État une demande d'avis « sur la question de savoir si, dans le cadre d'une concession de service public, les biens appartenant à des tiers, mis à la disposition du concessionnaire pour être affectés à l'exploitation du service public, constituent des biens de retour »[47]. La décision « Vallée de l'Ubaye » est silencieuse sur le droit de propriété des tiers, mais les conclusions du rapporteur public excluent la qualification de biens de retour et c'est en ce sens que s'est récemment prononcée la cour administrative d'appel de Marseille[48].

Ces longs développements contrastent avec l'arrêt de la CEDH qui juge « *inutile de trancher cette question* »[49]. La nature de l'atteinte constitue pourtant le nœud du problème, en même temps qu'elle sert de clé d'entrée dans la jurisprudence constitutionnelle en matière de droit de propriété. De ce qui précède, il semble possible de conclure que la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » constitue une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789.

Si l'on accepte une telle qualification, peut-on considérer que les conditions posées par cet article, telles qu'elles sont interprétées par le juge constitutionnel, sont remplies ?

Il ressort tout d'abord de l'article 34 de la Constitution qu'il revient au législateur de déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété. Or, mis à part le cas des remontées mécaniques, pour lesquelles on peut éventuellement considérer que la privation de propriété découle de la loi du 9 janvier 1985, la privation de propriété est essentiellement d'origine jurisprudentielle, même si l'on peut rattacher cette jurisprudence à des dispositions législatives du code de la commande publique[50].

La privation de propriété n'est ensuite possible, selon les termes de l'article 17 de

Déclaration, que « *lorsque la nécessité publique l'exige évidemment* ». Dans l'affaire déjà mentionnée concernant les objets d'art dont l'exportation avait été refusée, le Conseil constitutionnel avait considéré que la privation de propriété permise par les dispositions contestées n'était « *pas nécessaire* » pour assurer la réalisation de l'objectif d'intérêt général de maintien sur le territoire national des objets présentant un intérêt national d'histoire ou d'art. Il avait par conséquent jugé « *qu'en prévoyant l'acquisition forcée de ces biens par une personne publique, le législateur [avait] instauré une privation de propriété sans fixer les critères établissant une nécessité publique* »[51]. On peut admettre que la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » poursuit un objectif d'intérêt général lié à la continuité du service public. On peut également admettre que le critère de « nécessité » – le caractère nécessaire des biens au fonctionnement du service public – est ici fixé et jouit même d'un certain degré d'objectivité. Mais, précisément, en dépit de ces éléments, la privation de propriété est-elle réellement nécessaire pour atteindre l'objectif évoqué ? On peut en douter. Il résulte en effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la continuité du service public n'exige pas nécessairement la propriété publique, dès lors qu'il existe des garanties permettant de s'assurer que les biens indispensables à son fonctionnement demeureront affectés au service public[52]. Raison pour laquelle les juridictions du fond avaient jugé qu'il appartenait à la personne publique de se réserver une faculté de rachat des biens nécessaires au service public appartenant au concessionnaire avant la conclusion du contrat. On pourrait donc considérer que la privation de propriété imposée par la décision « Vallée de l'Ubaye » n'était pas « évidemment » nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le Conseil d'État.

Les exigences constitutionnelles imposent, enfin, que la privation de propriété soit compensée par le versement d'une juste et préalable indemnité. La jurisprudence *Vallée de l'Ubaye* n'impose pas une indemnisation préalable de l'apport des biens du concessionnaire à la concession. Au contraire, elle lie étroitement cette indemnisation à la condition que l'équilibre économique du contrat ne permette pas la prise en compte de l'apport du concessionnaire par les résultats de l'exploitation. Or ces résultats sont souvent connus et fixés en fin d'exploitation, bien après la dépossession du concessionnaire, laquelle a lieu en principe dès la conclusion du contrat[53]. Quant au caractère juste de l'indemnité, il est selon le juge constitutionnel rempli lorsque l'indemnisation « *couvre l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation* »[54]. Contrairement aux juges du fond qui avaient estimé que l'indemnité devait être égale à la valeur vénale des biens apportés à la concession, le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt « Vallée de

l'Ubaye » que le concessionnaire avait droit, à l'expiration du contrat, à une indemnité égale à la valeur nette comptable des biens[55]. L'arrêt ajoute que les parties peuvent prendre en compte l'apport des biens du concessionnaire dans la définition de l'équilibre économique du contrat. Mais, premièrement, c'est une simple faculté et non une obligation : un contrat pourrait ainsi ne pas tenir compte de l'apport du concessionnaire ; et, deuxièmement, cette possibilité est enserrée dans des limites d'ordre public qui restreignent considérablement la marge de manœuvre des parties. En tout état de cause, comme l'ont souligné des auteurs, la valeur d'un bien ne s'épuise pas avec l'amortissement de l'investissement effectué, au contraire[56]. Les modalités d'indemnisation retenues par le Conseil d'État conduisent à une dissolution de la valeur des biens apportés par le concessionnaire dans la seule valeur comptable, comme si les utilités économiques de ces biens disparaissaient du seul fait de l'amortissement comptable, ce qui justifierait de limiter l'indemnisation à cela[57]. C'est d'autant plus problématique qu'à bien suivre le Conseil d'État, plus les résultats de l'exploitation sont bons, plus l'indemnité due au concessionnaire pour le transfert de ses biens dans le patrimoine du concédant diminue, alors que ces bons résultats révèlent et augmentent justement la valeur des biens en cause[58]. Il y a donc, on le voit, quelques raisons de douter du caractère « juste » de l'indemnité prévue par la décision « Vallée de l'Ubaye ».

Ajoutés les uns aux autres, ces différents éléments jettent un doute, qu'on pourrait qualifier de sérieux, sur la conformité à la Constitution de l'appropriation publique des biens appartenant antérieurement au concessionnaire.

Si l'on refuse de voir dans la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration, il ne fait cette fois aucun doute qu'elle pourrait alors s'analyser, *a minima,* comme une limitation[59] du droit de propriété relevant de l'article 2 de la Déclaration. Dans ce cas, les mêmes arguments que ceux développés ci-dessus pourraient être mobilisés pour démontrer que cette jurisprudence porte une atteinte disproportionnée au droit de propriété au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi. Étant précisé que l'existence d'une voie de recours, parfois prise en compte par le juge constitutionnel pour conclure à une absence de violation du droit de propriété[60], pourrait ici ne pas convaincre, pour au moins deux raisons. D'une part, la voie de recours est exclusivement indemnitaire : la qualification de biens de retour échappant à la volonté des parties et donc du propriétaire, ce dernier ne peut espérer recouvrer sa propriété. D'autre part, ce recours indemnitaire sera réglé en

application des règles présentées ci-dessus et qui limitent l'indemnisation à la valeur nette comptable. La conformité de la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » à la Constitution semble donc également incertaine sous l'angle de l'article 2 de la Déclaration.

Évoquons rapidement, pour terminer, les autres griefs d'inconstitutionnalité qui pourraient être soulevés contre la décision « Vallée de l'Ubaye ».

Le moyen tiré de la violation de la liberté contractuelle. L'évocation de ce moyen conduit à insister sur deux points, liés pour l'un à l'impulsion contractuelle et pour l'autre, à la pérennité contractuelle[61]. Sur le premier aspect, et s'agissant spécifiquement des remontées mécaniques, l'impulsion pouvait paraître « forcée », dans la mesure où du fait de la loi du 9 janvier 1985, les anciens exploitants privés devaient soit vendre leurs actifs et renoncer à l'activité qu'ils exerçaient depuis des décennies[62], soit contracter et continuer leur activité en conservant – ou en croyant conserver – la propriété de leurs biens. Le Conseil constitutionnel a pu censurer une disposition législative portant atteinte au libre choix de sortir d'un contrat[63]. On pourrait, par symétrie, considérer que la loi de 1985 a porté une atteinte disproportionnée à la liberté des exploitants « d'entrer » dans le contrat de concession. La jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » aggrave cette atteinte puisqu'elle impose – rétroactivement ! – au concessionnaire des clauses auxquelles il n'a pas consenti et qui ont précisément pour effet de le priver de sa propriété : le cas de la société Couttolenc Frères est ici éloquent[64]. Cela nous amène au second aspect – la pérennité contractuelle. On sait à cet égard que la jurisprudence constitutionnelle interdit au législateur de porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant[65]. Or, c'est bien là l'effet de la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye », même si on peut sans doute reconnaître l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant justifiant une telle atteinte aux situations contractuelles en cours. Mais il appartenait alors au Conseil d'État de s'en expliquer.

Le moyen tiré de la violation de la liberté d'entreprendre. Cette liberté comprend, selon le Conseil constitutionnel, « *la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique* »[66]. Il n'est pas difficile d'imaginer à quel point la perspective d'un transfert de ses biens dans le patrimoine du concédant, de surcroit contre une indemnité dont le caractère « juste » paraît douteux, est susceptible de décourager un opérateur de participer à une procédure de passation. Ce dernier se retrouve finalement confronté au dilemme suivant : renoncer à gagner une part de marché ou la gagner tout en perdant sa propriété… La jurisprudence « Vallée de

l'Ubaye » conduit ainsi à soumettre l'accès à une activité économique à une barrière discutable : la renonciation à son droit de propriété, ce qui peut paraître disproportionné au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Le moyen de l'incompétence négative du législateur. Dans le cas particulier des remontées mécaniques, l'atteinte aux droits et libertés évoqués ci-dessus, et spécialement au droit de propriété, semble trouver son origine dans l'incompétence négative du législateur. Lorsque ce dernier n'institue pas les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration, le Conseil constitutionnel considère qu'il méconnaît l'étendue de sa compétence[67]. Tel semble être le cas en l'occurrence. Après avoir qualifié les remontées mécaniques de service public et indiqué que les personnes publiques compétentes pouvaient soit l'exploiter en régie, soit le concéder, la loi du 9 janvier 1985 précisait qu'en cas de concession, le contrat devait prévoir, à peine de nullité, « *2° les conditions de résiliation, de déchéance et de dévolution, le cas échéant, des biens en fin de contrat ainsi que les conditions d'indemnisation du cocontractant* ». La loi n'en disait pas plus. La remise en cause jurisprudentielle du protocole d'accord conclu par les parties dans l'affaire « Vallée de l'Ubaye » et la privation de propriété qui résulte de la décision du Conseil d'État démontrent bien que le législateur avait laissé en suspens des questions fondamentales. Comme c'est peut-être trop souvent le cas en droit administratif, ce qui conduit à l'adoption de règles jurisprudentielles sur lesquelles, contrairement à la CEDH, la QPC n'a pas – ou peu – de prise.

Est-ce à dire pour autant, en conclusion, qu'une éventuelle saisine du Conseil constitutionnel aboutirait à une censure de la jurisprudence « Vallée de l'Ubaye » ? Rien n'est moins sûr. Mais la question, comme pour la jurisprudence « Czabaj », mériterait au moins d'être posée au juge constitutionnel, et le Conseil d'Etat aurait tout à gagner à un tel contrôle des règles jurisprudentielles en droit interne.

Laure RAGIMBEAU, *Maître de conférences à l'Université de Perpignan*

Marion UBAUD-BERGERON, *Professeur à l'Université de Montpellier*

Ferdi YOUTA, *Maître de conférences à l'Université Paris I- Panthéon Sorbonne*

---

[1] CE, sect., 29 juin 2018, n° 402251, *Ministre de l'intérieur c/ Communauté de*

communes de la Vallée de l'Ubaye, Rec. ; *RFDA* 2018, p. 939, concl. O. Henrard ; *AJDA* 2018, p. 1656, chron. C. Nicolas et Faure Y. ; *ibid*. 2019, p. 1488, note L. Roulet ; *Dr. Adm.* n° 12, décembre 2018, comm. 59, F. Brenet ; *Contrats-Marchés publ.* n° 10, octobre 2018, comm. 232 G. Eckert ; *RTD com*. 2019, p. 347, obs. F. Lombard ; *JCP A* n° 29, 22 juillet 2019, 2224, note J.-B. Vila. Cet arrêt reprend et étend la décision CE, ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai* : Rec. CE 2012, p. 477, concl. B. Dacosta ; *Les grandes décisions du droit administratif des biens,* Dalloz, 4ème éd., 2022, n° 63.

[2] CEDH, 5 octobre 2023, n° 24300/20, *SARL Couttolenc Frères c/ France*, *AJDA* 2023, p. 1807 et p. 2059, note C. Roux ; *JCP A* n° 48, 4 décembre 2023, 2365, note J.-B. Vila ; *RDI* 2023, p. 681, obs. J.-F. Giacuzzo ; Gaz. Pal. 17 octobre 2023, n° 33, p. 31, note C. Berlaud ; *AJCT* 2024, p. 49, obs. J.-D. Dreyfus.

[3] CE, 13 juillet 2016, n° 387763, *Czabaj*, Rec. ; *AJDA* 2016, p. 1749 et p.1629, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; *RFDA* 2016, p. 927, concl. O. Henrard ; *Droit administratif* n° 12, décembre 2016, comm. 63, G. Eveillard ; *JCP A* n° 36, 12 septembre 2016, 2238, note H. Pauliat ; *JCP G* n° 51, 19 décembre 2016, act. 1396, note X. Souvignet ; *RTD com*. 2016, p. 715, obs. F. Lombard.

[4] CEDH, 9 novembre 2023, n° 72173/17, *Legros c/ France*, *AJDA* 2023, p. 2077 ; *JCP G* n° 3, 22 janvier 2024, act. 97, note L. Milano ; *Procédures* n° 1, janvier 2024, comm. 23, N. Chifflot ; *JCP A* n° 2, 15 janvier 2024, 2013, note R. Delmas ; *RDI* 2024, p. 18, obs. R. Hostiou ; *AJCT* 2023, p. 589, obs. C. Otero.

[5] Constitution 4 oct. 1958, art. 61-1.

[6] M. Afroukh, *Droits et libertés fondamentaux*, Que-sais-je ? n° 4238, 2023, p. 84.

[7] Sur la concurrence des procédures CEDH/QPC, v. notamment T. Larrouturou, *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, LGDJ, 2021 ; H. Surel, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la CEDH », *NCCC* n° 48, juin 2015 ; D. Szymczak, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'européanisation « heurtée » du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum* n° 7, 2012 (en ligne) ; M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *NCCC* n° 32, juillet 2011.

[8] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*,

LGDJ, 13e éd., 2023, p. 225.

[9] CC, 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, R. p. 264 ; CC, 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC, R. p. 283.

[10] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *op. cit.*

[11] *Ibidem.*

[12] CE, 13 juillet 2016, *Czabaj*, préc.

[13] O. Henrard, concl. sur CE, 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763, *RFDA* 2016 p. 927.

[14] CE, Sect., 29 juin 2018, n° 402251,préc.

[15] CC, 23 juillet 2010, n° 2010-16 QPC, Rec. p. 164.

[16] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *op. cit.,* p. 228.

[17] *Ibidem.*

[18] V. notamment : CEDH, 5 octobre 2023, n° 24300/20, *SARL Couttolenc Frères c/ France*, préc., pt 56.

[19] G. Eveillard, note préc., *Dr. Adm*. 2016.

[20] Le rattachement direct du droit au recours à l'article 16 de la déclaration découle de la décision : Cons. Constit., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC. Sur l'ensemble du sujet, voir : D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit*., p. 815 et s.

[21] Cons. Constit., 9 avril 1996, n° 96-373 DC.

[22] Cons. Const., 28 janv. 2022, n° 2021-966 QPC : *Contrats-Marchés publ.* 2022, n° 104, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2022, P. 882, Note J.-G. Sorbara ; *Dr. Adm*. Juillet 2022, comm. 28, Y. Gaudemet ; *BJCP* 2022, n° 142, p. 138, obs. S.N.

[23] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *op. cit.,* p. 857 et s.

[24] Où elle découle explicitement de l'article 8 DDHC.

[25] Cons. Const., 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC.

[26] CE, ass., 16 juill. 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation : Rec. CE* 2007, p. 360 ; *RFDA* 2007, p. 710, concl. D. Casas, p. 917, étude F. Moderne, p. 923, note D. Pouyaud, p. 935, note M. Canedo-Paris ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, repère 8, F. LLorens et P. Soler-Couteaux ; comm. 254, note J.-P. Piétri ; *AJDA* 2007, p. 1497, tribune Braconnier ; *AJDA* 2007, p. 1588, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *RJEP* 2007, p. 349, concl. et note P. Delvolvé ; *JCP* A 2007, 2212, note F. Linditch et 2221, note M.-Ch. Rouault ; *JCP* G 2007, 10156, note M. Ubaud-Bergeron et n° 10160, note B. Seiller ; *RDP* 2007, p. 1433, concl. et note F. Melleray ; *D.* 2007, p. 2500, note D. Capitant ; *Dr. adm.* 2007, comm. 142, note Ph. Cossalter ; *RTD civ.* 2007, p. 531, obs. P. Deumier ; *RDC* 2008, dossier 2.

[27] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *op. cit.,* p. 317.

[28] T. Revet, « Les droits de propriété intellectuelle sont des droits de propriété », *RTD civ*. 2006, p. 791.

[29] CEDH, 5 octobre 2023, n° 24300/20, *SARL Couttolenc Frères c/ France*, préc.

[30] Dans le même sens, v. Roux C., « Concessions infimes à Strasbourg », *AJDA* 2023, p. 2059.

[31] V. déjà J. Lauer, « QPC, contrats publics et clauses indemnitaires », in G. Clamour, P.-Y. Gahdoun (dir.), *QPC et économie*, 2020, p. 198 (en ligne sur le site du Conseil constitutionnel).

[32] V. par ex. CC, 9 décembre 2022, n° 2022-1029 QPC, JO 10 décembre 2022, texte n° 88.

[33] CC, 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC, JO 8 octobre 2011, texte n° 76, §4 : « *qu'en permettant d'inclure dans un lotissement une parcelle détachée d'une propriété, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ; que dès lors, elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ».

[34] CC, 11 juin 2021, n° 2021-915/916 QPC, J0 12 juin 2021, texte n° 82.

[35] CC, 14 novembre 2014, n° 2014-426 QPC, J0 16 novembre 2014, texte n° 50.

[36] CC, 6 février 2015, n° 2014-449 QPC, JO 8 février 2015, texte n° 38.

[37] CC, 7 octobre 2011, n° 2011-176 QPC, JO 8 octobre 2011, texte n° 75 ; CC, 22 septembre 2010, n° 2010-33 QPC, JO 23 septembre 2010, texte n° 41.

[38] CAA Marseille, 9 juin 2016, n° 15MA04083, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, *Contrats et marchés publics* n° 8-9 août 2016, comm. 212, G. Eckert ; CAA Lyon, 16 février 2012, n° 10LY02315, *Société Télépente des Gets*, *Contrats et marchés publics* n° 4, avril 2012, comm. 118, G. Eckert.

[39] N. Foulquier, « Le fondement des biens de retour », *AJDA* 2022, p. 2286.

[40] Par ex. M. Kalogeropoulos, « Commande publique et droit de propriété des opérateurs privés », *AJDA* 2021, p. 2326 ; N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, 6e éd., LexisNexis, 2023, n° 1855 *in fine*. Évoquant une « dépossession », v. G. Eckert, « Biens de retour et biens acquis par le concessionnaire antérieurement à la conclusion de la concession », *Contrats et marchés publics* n° 10, octobre 2018, comm. 232.

[41] Par ex. C. Roux, « Concessions infimes à Strasbourg », art. préc. (l'auteur évoque une « expropriation indirecte ») ; F. Lombard, « Le statut des biens de retour dans les contrats de concessions », *RTD com*. 2019, p. 347 ; L. Roulet, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », *AJDA* 2020, p. 1830 ; G. Le Chatelier, S. Duraffourg, « Biens de retour : un complément attendu à la jurisprudence Commune de Douai », *AJCT* 2018, p. 513 (les auteurs parlent de « « quasi-expropriation » »).

[42] CE (section des travaux publics), avis, 19 avril 2005, n° 371.234, Rapport public 2005, La Doc. fr., 2006, p. 197 ; *AJDA* 2006, p. 1371 ; *BJCP* 2006, p. 107.

[43] CC, 17 janvier 2012, n° 2011-209 QPC, JO 18 janvier 2012, texte n° 74.

[44] Cette question du « consentement » interroge au regard de la liberté contractuelle, v. plus bas.

[45] CC, 31 juillet 2020, n° 2020-853 QPC, JO 1er août 2020, texte n° 135 ; v. aussi CC, 9 décembre 2022, n° 2022-1029 QPC, préc.

[46] Après l'arrêt de principe du Conseil d'État, des propriétaires tiers au contrat de concession ont d'abord demandé au juge administratif de les indemniser au titre de

l'occupation de leurs locaux par la communauté de communes ; la cour administrative d'appel de Marseille, confirmant la solution retenue par le tribunal, a considéré que « l'action d'un tiers tendant à l'engagement de la responsabilité d'une personne publique […], à raison de l'occupation par cette personne publique, sans droit ni titre, d'un local privé, ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire » : CAA Marseille, 17 avril 2023, n° 23MA00452, *M. B et SCI Rudy c/ Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye*, *Contrats et marchés publics* n° 7, juillet 2023, comm. 210, G. Eckert. Un autre contentieux indemnitaire a été introduit devant le tribunal administratif de Marseille, cette fois par la communauté de communes, qui réclamait notamment la restitution de sommes versées, indûment selon elle, pour le règlement de la délégation de service public. Le tribunal fait le tri et traite séparément les sommes versées au concessionnaire (qui ne peut être indemnisé que dans les limites fixées par la décision Vallée de l'Ubaye du Conseil d'État) et celles versées aux tiers propriétaires, à propos desquelles le tribunal déclare la juridiction administrative incompétente : TA Marseille, 7 février 2023, n° 1800349, *Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye.* La presse locale ne manque pas de se faire l'écho des rebondissements, à n'en plus finir, de cette affaire, v. « Nouveau rebondissement dans l'affaire du rachat de la station du Sauze », *La Provence*, 15 mars 2023 (en ligne).

[47] TA Marseille, 7 février 2023, n° 1800349, *Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye*. La demande d'avis est rejetée, car la faculté de transmettre une question au Conseil d'État constitue « un pouvoir propre du juge » ; les conclusions à cette fin sont déclarées irrecevables.

[48] CAA Marseille, 17 avril 2023, n° 23MA00452, *M. B et SCI Rudy…,* préc.; la cour avait déjà adopté cette position dans la décision rendue sur renvoi du Conseil d'État : CAA Marseille, 16 décembre 2019, n° 18MA03183, *Préfet des Alpes-de-Haute-Provence*, *AJCT* 2020, p. 301, obs. L. Roulet. V. dans le même sens CAA Bordeaux, 28 février 2023, n° 21BX01167, *Préfet de la Dordogne*, *Contrats et marchés publics* n° 5, mai 2023, comm. 137, G. Eckert, à propos d'une convention pour la gestion et l'exploitation d'un crématorium se déroulant sur un terrain et dans des installations qui n'étaient pas la propriété du délégataire mais d'un tiers. Il va pour nous de soi qu'une solution contraire, consistant à faire des biens appartenant à des tiers des biens de retour, entraînerait une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration. Sur la possibilité d'une QPC contre l'alinéa 2 de l'article L. 3132-5 du CCP pour non-respect du droit de propriété des tiers, v. N. Foulquier, « Le fondement des biens de retour », préc. *Adde* : L. Roulet, « Les biens des tiers dans

les contrats de concession de service public », *AJDA* 2019, p. 1488.

[49] CEDH, 5 octobre 2023, n° 24300/20, *SARL Couttolenc Frères c/ France*, préc., pt 55 ; v. l'opinion concordante (qui a des allures d'opinion dissidente), annexée à l'arrêt, de deux juges : « l'arrêt juge inutile de trancher la question de savoir s'il y a eu en l'espèce expropriation ou non, se basant à cet effet sur l'affirmation, par le Gouvernement, que par l'application de la règle des biens de retour, il n'y a pas eu de privation de propriété. Or, il nous paraît évident qu'il y a eu, dans les présentes circonstances, expropriation ».

[50] Cf. *supra*, I.

[51] CC, 14 novembre 2014, n° 2014-426 QPC, préc.

[52] CC, 17 décembre 2010, n° 2010-67/68, JO19 décembre 2010, p. 22373 ; CC, 23 juillet 1996, n° 96-380, J0 27 juillet 1996, p. 11408.

[53] On peut cependant imaginer que les parties prévoient le versement d'une provision, ce que le Conseil a pu considérer comme satisfaisant au caractère préalable de l'indemnité si le mécanisme répond « *à des motifs impérieux d'intérêt général et est assorti de la garantie des droits des propriétaires intéressés* » : CC, 25 juillet 1989, n° 89-256 DC, JO 28 juillet 1989, p. 9501.

[54] CC, 21 janvier 2011, n° 2010-87 QPC, JO 22 janvier 2011, p. 1384.

[55] Sur les « effets d'aubaine », de part et d'autre, que cette solution permet d'éviter, v. Foulquier N., *RDI* 2019, p. 101.

[56] C. Roux, note préc. ; L. Roulet, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », préc.

[57] V. les critiques de Christophe Roux sur cette « *vision contractualiste de la propriété* ».

[58] V. L. Roulet, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », préc. L'auteur rappelle d'ailleurs que selon la jurisprudence du Conseil d'État lui-même, les résultats de l'exploitation n'ont en principe aucune incidence sur l'indemnisation des biens de retour, v. encore récemment CE, 20 janvier 2020, n° 422104, *Toulouse Métropole*, Rec. T. Dans sa note sous l'arrêt de la CEDH, Christophe Roux souligne aussi la difficulté d'indemniser des biens totalement

amortis ou presque avant la conclusion du contrat de concession.

[59] Voire même comme atteinte ayant un « caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit » (CC, 17 janvier 2012, n° 2011-209 QPC, JO 18 janvier 2012, p. 1014 ; CC, 9 avril 1996, n° 96-373, JO 13 avril 1996, p. 5724).

[60] Par ex. CC, 3 décembre 2021, n° 2021-951 QPC, JO 4 décembre 2021, texte n° 102.

[61] Cf. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Dalloz, NBT, 2008.

[62] À part les collectivités locales compétentes, qui n'avaient pas forcément à l'époque les moyens financiers d'acquérir les biens nécessaires au service public, les exploitants pouvaient-ils réellement revendre ces biens à des tiers ? Si l'on suit la logique du Conseil d'État, on pourrait considérer que c'est dès la loi de 1985 que les biens des exploitants privés pouvaient être regardés comme nécessaires au service public, et donc pouvaient être qualifiés de biens de retour, avec les conséquences que l'on connaît.

[63] CC, 7 janvier 2016, n° 2015-511 QPC, JO 10 janvier 2016, texte n° 19.

[64] On peut difficilement dire, comme le fait la CEDH dans son arrêt, que la société aurait dû savoir que la théorie des biens de retour s'appliquerait à ses biens : l'état du droit n'était absolument pas fixé, comme le reconnaît la chronique des membres du Conseil d'État (*AJDA* 2018, p. 1656).

[65] CC, 26 octobre 2023, n° 2023-1065 QPC, JO 27 octobre 2023, texte n° 62.

[66] CC, 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, J0 1er décembre 2012, p. 18908.

[67] Par ex. CC, 7 octobre 2011, n° 2011-176 QPC, préc.