

Contrat de concession pour la desserte d'un aéroport

Lire les commentaires de :

Christophe Roux

La mise à l'écart du principe de protection du concessionnaire contre la concurrence par l'autorité concédante

DÉCISION DE JUSTICE

TA Lyon – N° 1703281 – Sté Rhônexpress – 13 juin 2019 – C+ [↗](#)

Désistement de l'appel CAA N° 19LY03253 - 8 décembre 2020

INDEX

Mots-clés

Contrat de concession, Service de transport public de voyageurs, Transport ferroviaire, Indemnisation, Protection du concessionnaire, Concurrence

Rubriques

Marchés et contrats

TEXTES



Résumé Note universitaire

Résumé

¹ Le SYTRAL, société de transport en commun lyonnais, a conclu le 1^{er} mars 2007 un contrat de concession pour l'exploitation de la liaison ferroviaire express desservant l'aéroport Saint-Exupéry, avec la société Rhônexpress. Cette dernière a saisi le tribunal pour obtenir notamment la réparation du préjudice économique résultant de la mise en service, le 17 février 2014, de deux lignes régulières d'autobus urbain reliant Lyon à l'aéroport. Elle estime, en effet, que le SYTRAL avait ainsi créé une offre de transport concurrente contraire au contrat de concession qui les lie.

² Le tribunal administratif a considéré que les deux lignes d'autobus avaient pour seul objet l'amélioration de la desserte des zones économiques de l'Est lyonnais permettant ainsi d'assurer le transport des salariés entre leur domicile et la plateforme aéroportuaire et les zones d'activités adjacentes. Le jugement relève aussi que la durée du trajet en autobus était de plus de 50 minutes contre moins de 30 minutes par le service express. Le tribunal administratif en conclut que ces lignes de bus n'ont pas directement concurrencé le service exploité par la société requérante et rejette sa demande indemnitaire.

Note universitaire

La mise à l'écart du principe de protection du concessionnaire contre la concurrence par l'autorité concédante

Christophe Roux

Professeur de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Institut d'Etudes Administratives - Equipe de droit public de Lyon (EA 666)

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6551](https://doi.org/10.35562/alyoda.6551)

¹ Par un jugement du 13 juin 2019, le Tribunal administratif de Lyon a rendu une solution qui mérite l'attention sous l'angle du droit des contrats publics et du droit de la concurrence, dans le cadre d'un litige opposant la société Rhônexpress et le Syndicat mixte des transports pour le Rhône et l'agglomération lyonnaise (SYTRAL). Les habitants de la métropole lyonnaise ne l'ignorent pas : la société Rhônexpress exploite depuis désormais près de dix ans (la mise en service date du 9 août 2010), aux termes d'un contrat de concession entre les parties précitées, un service de liaison ferroviaire entre la gare de la Part-Dieu et l'aéroport de Lyon - Saint-Exupéry... dont il sera loisible de trouver le tarif excessif (ce qui n'est probablement pas indifférent aux faits d'espèce). De ce contrat de concession, il ressortait entre autres, comme le relaie le présent jugement à son paragraphe 6, que l'autorité concédante s'engageait, d'une part, à faire cesser le service de transport routier SATOBUS reliant le centre de la capitale des Gaules à l'aéroport en question et, d'autre part, pendant toute la durée du contrat, « *à ne pas organiser, ni encourager un service de transport collectif directement concurrent* ».

² C'est dans ce cadre que s'est cristallisé un litige, le SYTRAL ayant décidé, à compter de février 2014, la mise en place de deux lignes de bus (les lignes n° 29 et 30) desservant l'Est lyonnais et effectuant, dans le cadre de leurs rotations, des arrêts à l'aéroport de Saint-Exupéry. La société Rhônexpress entendait contester la mise en place de ces deux lignes qu'elle jugeait contraire, d'une part, aux stipulations de la convention la liant avec le SYTRAL et, d'autre part, à un principe général de protection du concessionnaire contre la concurrence. C'est précisément au sujet de l'existence (potentielle) de ce principe que le présent jugement suscite l'intérêt (le tribunal fait par ailleurs une application - rarissime - de la théorie du fait du prince, tout en l'écartant en l'espèce, en raison de l'absence d'affectation d'un élément central du contrat et de préjudice anormal et spécial : v. C.E., 20 mai 1904, *Cie marseillaise de navigation, Lebon*

p. 425 ; C.E., 18 mars 1983, *Sté du parking du square Boucicaut* ; RDP 1983, p. 423). Sans équivoque, le tribunal administratif lyonnais vient en écarter l'existence. La solution ne doit pas surprendre : elle est constante (I) ; elle doit, surtout, être approuvée, aucun texte ni aucun principe (interne ou conventionnel) n'impliquant l'existence d'un tel principe (II).

I- Une solution constante

³ Même si certains arrêts ont pu, de manière diffuse, autrefois semer le doute, l'appréciation du tribunal n'est nullement novatrice, le paragraphe 6 du présent jugement condensant des solutions bien établies. Déjà antérieurement (v. C.E., 7 mai 1982, *Sté du parking de la Concorde c/ Ville de Paris*, n° 19463 et 19464, *Lebon* p. 669) et, en tout état de cause, depuis la décision *Ville de Toulon* (C.E., 25 juill. 2001, n° 217307, *Lebon* T. p. 1039 ; CMP 2001, n° 10, p. 23, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2001, n° 10, p. 22), il avait été jugé que lorsqu'un concessionnaire demande une indemnisation à la collectivité concédante du fait d'activités concurrentes, ce dernier peut agir soit sur le terrain de la responsabilité contractuelle - en méconnaissance des stipulations par l'autorité concédante -, soit sur la base de la théorie du fait du prince, en vérifiant que l'autorité concédante n'a pas empêché ou rendu plus difficile l'activité menée par le concessionnaire dans l'exercice de ses pouvoirs « administratifs ». Cette appréciation avait été encore reprise plus récemment dans un litige où un concessionnaire de service public, gestionnaire d'un parking, avait recherché (en vain) la responsabilité de la commune pour n'avoir pas aligné le tarif des autres parkings publics sur ceux pratiqués dans le cadre de la concession (C.E., 10 oct. 2007, *Sté SPS Tarbes*, n° 255213, *Lebon* T. p. 942 ; JCP A 2007, n° 2316, note Ch. Guettier ; *Rev. Lamy coll. Terr.* 2007, n° 32, comm. 90, note G. Terrien et Ph. Blanquefort ; n° 908, note N. Foulquier ; *BJCP* 2007, n° 55, p. 487, concl. D. Casas). Comme l'ont clairement retenu ces différents arrêts, il ne saurait donc exister une troisième voie autonome permettant d'engager la responsabilité des collectivités publiques tenant à la nécessaire protection de leur concessionnaire de service public contre la concurrence.

⁴ C'est logiquement dès lors que, après avoir rappelé cette solution, le tribunal lyonnais va rechercher si l'autorité concédante n'a pas, en revanche, méconnu ses obligations contractuelles, ce qu'il va finalement écarter, en prenant (peut-être insuffisamment) appui sur les stipulations contractuelles évoquant l'obligation de ne pas encourager ou organiser un service de transport « *directement concurrent* » de celui pris en charge par le concessionnaire. Au point 9, le tribunal relève d'abord que la création de ces deux lignes de bus n'a(urait) pas eu pour finalité de venir concurrencer l'activité de son concessionnaire, celles-ci étant principalement destinées au transport

des salariés de la plateforme aéroportuaire depuis/vers leur domicile. L'argument, selon nous, manque de poids, dans la mesure où le concessionnaire pouvait légitimement espérer que ces salariés empruntent, à l'instar des voyageurs, ses services. Le tribunal de relever encore que les activités prétendument en concurrence ne le sont pas (directement) : là où le service Rhônexpress permet de gagner l'aéroport en 30 minutes de la gare centrale lyonnaise, il en faut plus du double (voire bien davantage...) en empruntant les deux lignes en question. Si l'argument est plus probant que le précédent, on pourra toutefois regretter que le tribunal ne se soit pas lancé dans une circonscription plus poussée du marché pertinent pour apprécier l'absence de concurrence directe ; de fait, une analyse de substituabilité des « produits » en cause (voie ferrée vs bus ; 30 min vs 50 à 70 min ; 25 € vs 4 € l'aller-retour) pourrait mener à des conclusions différentes. À titre d'exemple, le Conseil d'État a, par le passé, reconnu que le réseau autoroutier et celui des routes nationales constituaient des produits de substitution formant un seul et même marché pertinent, ouvrant dès lors, pour les besoins de la cause, la voie à la privatisation des sociétés autoroutières dans le cadre de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 (C.E., 27 sept. 2006, *B. et autres*, n° 290716, *Lebon* p. 404 ; *RJEP* 2007, p. 53, note E. Glaser).

5

Malgré ces imperfections, la solution mérite d'être saluée, en ce qu'elle vient tordre le cou à une impression inverse (parfois tenace), au sujet du principe de protection du concessionnaire contre la concurrence. D'aucuns auront peut-être en mémoire le célèbre (il eut, autrefois, les honneurs du *GAJA*) arrêt *Société des autobus antibois* par lequel avait été jugé licite le fait de réserver un droit exclusif de stationnement et de prise en charge de voyageurs sur le domaine public (cannois en l'espèce) au profit du délégataire du service public de transports (C.E., Sect., 29 janv. 1932, *Lebon* p. 117 ; *D.* 1932, 3, p. 60, note Ch. Blavoët, p. 67, concl. R. Latournerie ; *RDP* 1932, p. 505, concl. ; *S.* 1932, 3, 65, note P. L). Cette jurisprudence s'était encore étendue par la suite, le Conseil d'État retenant qu'il « *appartient à l'autorité administrative de prendre toutes mesures de nature à assurer la meilleure utilisation du domaine public et, notamment, de subordonner à autorisation préalable l'exploitation de la traction par des entreprises offrant leurs services au public et même de refuser toute autorisation à celles de ces entreprises, qui risqueraient, en faisant concurrence au service public, de compromettre la bonne gestion de celui-ci* » (C.E., Ass., 16 nov. 1956, *Sté Desaveine*, *Lebon* p. 440 ; *RPDA* 1957, p. 1, concl. Laurent ; *RDP* 1957, p. 529, note M. Waline... lequel avait trouvé du reste la solution particulièrement « *inquiétante* » au regard de la liberté du commerce et de l'industrie ; v. encore C.E., Sect., 2 juin 1972, *Féd. Française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, n° 78410, *Lebon* p. 407 ; *AJDA* 1972, p. 646, concl. Rougevin-Bainville). À la lecture d'un tel

considérant, certains pouvaient légitimement en inférer un principe – certes masqué – de protection du concessionnaire contre la concurrence, des facilités (voire des exclusivités) domaniales pouvant valablement lui être accordées. C'est pourtant très justement que la juridiction lyonnaise ne l'a pas retenu, ceci à plusieurs titres.

II- Une solution justifiée

⁶ Il existe d'abord une différence entre le fait de réserver l'exclusivité d'usage d'une dépendance domaniale au profit de son concessionnaire... et le fait de conférer un droit exclusif, voire un monopole d'activités à ce dernier (il ne s'agit pas du même « marché pertinent » au sens du droit de la concurrence, sauf à ce que l'installation domaniale constitue une infrastructure essentielle). De ce point de vue-là, force est de constater que la société Rhônexpress restait seule titulaire de la liaison ferroviaire entre le centre-ville lyonnais et l'aéroport, nul autre opérateur n'ayant été autorisé à emprunter les voies dédiées à cet effet. En second lieu, et dans le sillage de cette première remarque, la solution « autobus antibois » avait été tempérée par un arrêt *CCI de Toulon et du Var*, lui-même expliqué par la doctrine autorisée dans les colonnes de *l'AJDA*, les chroniqueurs relevant que « *la jurisprudence issue de la décision Société autobus antibois, qui est une jurisprudence « domaniale », ne peut s'appliquer qu'aux activités qui s'exercent entièrement sur le domaine public* » (C.E., Sect., 9 oct. 1981, n° 11151, *Lebon* p. 366 ; *AJDA* 1981, p. 579, note F. Tiberghien et B. Lasserre). Autrement dit, l'exclusivité potentielle conférée au concessionnaire ne peut trouver sa source que dans le pouvoir de gestion domaniale (et dans le fondement propriétaire, marqué par la faculté d'exclure) ; dans les autres hypothèses, il ne saurait exister de principe général impliquant de protéger le concessionnaire contre la concurrence. En dernier lieu, si tant est que le fondement domanial soit convaincant, la solution a été remise en cause. Prolongeant l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative (C.E., Sect., 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, n° 169907, *Lebon* p. 406 ; *CJEG* 1997, p. 441 et *RFDA* 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1997, p. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; *AJDA* 1998, p. 247, note O. Guézou ; *RDP* 1998, p. 256, note Y. Gaudemet ; *GAJA* 21^e éd., Dalloz, 2019, n° 94), puis la reconnaissance de l'opposabilité de ce *corpus* aux actes de gestion domaniale (C.E., 26 mars 1999, *Sté EDA*, n° 202260, *Lebon* p. 107 ; *CJEG* 1999, p. 264, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1999, p. 427, note M. Bazex ; *RDI*, 1999, p. 630, note Ch. Lavialle ; *RFDA*, 1999, p. 977, note D. Pouyaud ; *RDP* 1999, p. 1545, note S. Manson ; *RDP* 2000, p. 353, note C. Guettier ; *D.* 2000, p. 204, note J.-P. Markus ; *JCP G* 1999, IV, 220, obs. M.-Ch. Rouault ; *GDDAB*, Dalloz, 3^e éd., 2018, n° 58, note R. Noguellou), il a été retenu que si l'autorité publique peut toujours accorder des facilités particulières à

son concessionnaire, elle se doit néanmoins de conférer l'accès le plus large possible aux infrastructures domaniales ; par ailleurs, ces droits exclusifs ne pourront prospérer qu'après satisfaction du test préalable de nécessité et de proportionnalité (C.E., 30 juin 2004, *Dpt de la Vendée*, n° 250124, *Lebon* p. 77 ; *AJDA* 2004, p. 2210, note S. Nicinski ; *BJCL* 2004, p. 699, et *CJEG* 2004, p. 487, concl. P. Collin ; *Dr. adm.* 2004, comm. 161, note M. Bazex et S. Blazy ; *JCP A* 2004, p. 1712, note M.-Ch. Rouault ; *GADAB*, préc., n° 53, note F. Melleray). En définitive, s'il a pu connaître quelques floraisons domaniales (désormais fanées), le prétendu principe de protection du concessionnaire n'a jamais pris racine ailleurs. Dans la sève de cette remarque, on ajoutera que le droit de l'Union européenne ne constitue, pas davantage que le droit interne, un soutien en sa faveur. Si certaines solutions ont pu laisser entendre le contraire (CJCE, 19 mai 1993, V-320/91, Paul Corbeau ; *AJDA*, 1993 p. 865, note F. Hamon ; *RTDE* 1994, p. 39, étude A. Wachsmann et F. Berrod ; *Europe*, 1994, chron. 6, étude R. Kovar), on rappellera que, par principe, les activités de service public sont soumises aux règles de concurrence (TFUE, art. 106 § 1) ; partant, si ces dernières peuvent être ponctuellement écartées, c'est sous réserve que leur application soit de nature à faire échec au bon accomplissement desdites activités (TFUE, art. 106 § 2). Il n'est dès lors nullement question, si ce n'est par une interprétation hautement constructive, de voir dans le droit de l'Union européenne l'efflorescence d'un tel principe.

À ces éléments anciens, d'autres plus récents s'ajoutent, plaidant encore en faveur la solution rendue par le tribunal administratif. Depuis la directive 2014/23/UE, l'ordonnance du 29 janvier 2016 et, désormais, le Code de la commande publique (CCP), les contrats de concessions se définissent comme ceux « *par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* » (CCP, art. L. 1121-1). C'est donc le transfert d'une part de risque au profit / au détriment du concessionnaire qui permet de distinguer aujourd'hui les concessions des marchés publics, la disposition précédente venant ajouter que « *la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable* ». Comme l'a synthétisée la Cour de justice de l'Union européenne, l'exposition du concessionnaire aux aléas du marché peut être caractérisée par une multiplicité de variables (risque d'inadéquation entre l'offre et la demande de services ; d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis ; d'absence de couverture des dépenses d'exploitation par les recettes ; de responsabilité d'un

préjudice lié à un manquement dans le service). Or, parmi elles, figure aussi le risque lié à la concurrence d'autres opérateurs (CJUE, 21 mai 2015, C-269/14, *Kansanelakaitos* ; *RTDE*, 2016, p. 456, note A.-L. Durviaux ; *CMP* 2016, chron. 1, obs. G. Eckert ; *JCP A* 2015, n° 40, chron., obs. C. Benelbaz ; *BJCP* 2015, n° 103, p. 449 ; *CMP* 2015, n° 7, p. 24, note M. Ubaud-Bergeron). Ce faisant, il y aurait quelque paradoxe à admettre l'existence d'un principe général de protection de la concurrence du concessionnaire dans la mesure où, précisément, ce risque peut permettre (ce n'est certes pas le seul) de caractériser l'existence d'une telle concession. S'il en allait ainsi, par ailleurs, le contournement du droit de la commande publique serait envisageable, le risque lié à une concession étant fictif dès lors que l'autorité concédante comble celui lié à la concurrence d'autres opérateurs (partant, l'on pourrait être en présence d'un marché public). Il en résulte dès lors que, sauf à ce que l'autorité concédante ait méconnu ses obligations contractuelles (ou que, en « prince », elle ait indirectement, par l'usage de pouvoirs extracontractuels, porté atteinte à l'équilibre économique du contrat), celle-ci n'est pas responsable du déficit d'exploitation lié à la concurrence d'autres opérateurs (v. pour une illustration récente, [CAA Bordeaux, 10 déc. 2019, Sté Port Médoc](#), n° 17BX03664 ; *CMP*, 2020, comm. 58, note G. Eckert). Reste, en guise de conclusion - et sans la moindre perfidie -, à signaler que la résiliation pour motif d'intérêt général (au regard du coût jugé excessif du service proposé) du contrat de concession liant le SYTRAL et la société Rhônexpress vient d'être actée.