



# La subdélégation de service public est morte ! Vive la sous-concession !

Avec l'alignement du droit français des concessions sur le droit de l'Union européenne, la subdélégation de service public laisse la place à la sous-concession aux formes plus variées. Pour autant, la notion de sous-concession et son régime demeurent assez proches du droit qui était applicable à la subdélégation de service public.

La refonte du droit des concessions, par l'effet de l'entrée en vigueur de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016<sup>(1)</sup> et du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016<sup>(2)</sup> relatifs aux contrats de concession, modifie le paysage des contrats du concessionnaire et, parmi eux, de la sous-concession, forme actualisée de la subdélégation de service public.

Ce nouveau contexte invite à s'interroger sous un jour nouveau, et d'une manière générale, sur la notion et le régime de ces contrats de sous-concession. C'est l'objet de cette analyse qui, volontairement, n'abordera pas les problématiques propres à certaines concessions particulières (port, aéroport, plage, etc.).

## La notion de sous-concession

Avant de s'intéresser au régime de la sous-concession, il faut en rappeler les contours, la sous-concession (et, avant elle, la subdélégation) ne devant pas être confondue avec d'autres concepts juridiques à la portée singulièrement différente.

## Une définition inchangée pour un paysage renouvelé

La sous-concession a été définie par la jurisprudence, sans que le législateur, qui en avait pourtant l'occasion lors de la transposition de la directive 2014/23/UE, ne soit jamais intervenu pour conforter ou ajuster cette définition. En l'état du droit positif, la sous-concession

### Auteur

**Romain Lauret**  
Avocat associé  
SELARL Symchowicz-Weissberg et Associés

### Références

Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession  
Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession  
Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession

### Mots clés

Concession • Sous-concession • Notion • Régime

(1) Ci-après, Ordonnance.

(2) Ci-après, Décret.

se définit comme un contrat de concession conclu par un concessionnaire.

Auparavant, lorsque la seule forme connue de sous-concession était la subdélégation de service public, elle était définie comme une délégation de service public (DSP) dont la particularité était d'être conclue par le délégataire. Pour le reste, ainsi que cela résultait d'un avis rendu en 2002 par le Conseil d'État<sup>(3)</sup>, la subdélégation de service public avait tout d'une DSP : un contrat confiant la gestion d'une activité de service public à un opérateur économique se rémunérant sur l'exploitation qui lui est confiée.

La réforme du droit des concessions n'a pas fondamentalement changé cette logique. Mais, en prenant de la hauteur et en abordant le sujet au niveau de la concession – catégorie englobant la concession de services publics – le législateur a chamboulé le paysage de la sous-concession. Dorénavant, la concession peut être de travaux, de services ou de services publics et peut même avoir ces trois objets simultanément dans le cadre d'un contrat mixte. De même pour la sous-concession qui peut donc aussi, dans le nouvel état du droit, être de travaux, de services ou de services publics. Le cas des concessions autoroutières, dont on sait qu'elles sont des concessions de travaux<sup>(4)</sup>, illustre cette dissociation entre l'objet principal du contrat de concession et la sous-concession : un contrat pourrait, au regard de son objet principal, être qualifié de concession de travaux et donner lieu à la conclusion d'une sous-concession qualifiable, au regard de son objet principal, de services ou de services publics.

Désormais, seule la nature du contrat permet d'identifier la sous-concession. Il n'y a plus lieu de s'interroger sur l'objet du sous-contrat (s'agit-il de confier à un tiers l'exécution d'une mission de service public ?). Si les deux contrats (le premier conclu par l'autorité concédante, le deuxième par le concessionnaire) 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 », alors le sous-contrat est une sous-concession. Et il ne reste plus qu'à identifier son objet principal pour déterminer – notamment, le cas échéant, pour choisir la bonne procédure de mise en concurrence – s'il est de travaux, de services ou de services publics.

Si le champ de la sous-concession peut, ce faisant, se trouver élargi, il continue cependant de ne recouvrir qu'une partie des contrats conclus par le concessionnaire. Les autres sous-contrats conclus par le concessionnaire, comme les contrats de promotion immobilière, les contrats de services (études, maîtrise d'œuvre, entretien-maintenance, etc.), de travaux ou de fourni-

tures ou encore les conventions d'autorisation d'occupation du domaine public ne sont toujours pas, sauf cas particuliers, des sous-concessions.

## Sous-concession et notions voisines

Cette définition positive mérite d'être complétée afin de bien distinguer la notion de sous-concession de notions voisines à la portée et au régime juridique distincts.

### ● Sous-concession et sous-traitance

Premièrement, sous-concession ne doit pas être confondue avec la sous-traitance.

Le terrain est, il est vrai, propice à la confusion. D'abord, ces deux contrats font partie de la famille des « sous-contrats », c'est-à-dire des contrats conclus par le titulaire du contrat principal avec un tiers et lui confiant une partie des prestations objet du contrat principal. Ensuite, comme la sous-concession, la sous-traitance implique un « rapport d'homothétie » entre le sous-contrat et le contrat principal, c'est-à-dire une identité, au moins partielle, entre leur nature respective<sup>(5)</sup>. Enfin, n'évoquant jamais la notion de « sous-concession », la directive 2014/23<sup>(6)</sup> fait référence à la « sous-traitance » du contrat de concession.

Ces notions sont pourtant bien distinctes. À tel point d'ailleurs que, lors de la transposition, le législateur a préféré à la sous-traitance la formulation neutre selon laquelle « le concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession ». La raison est simple : le droit de l'Union européenne est indifférent au droit français de la sous-traitance. Or, en droit français, la sous-traitance est un concept juridique (auquel est adossé un régime juridique) spécifique aux contrats d'entreprises et aux marchés publics (hors marchés publics de fournitures) et inapplicable aux concessions – dans lesquelles c'est le concessionnaire qui est maître d'ouvrage.

### ● Sous-concession et cession de contrat

Deuxièmement, les opérations de sous-concession et de cession du contrat n'ont ni le même objet ni la même portée.

Certes, la confusion a pu être entretenue par la jurisprudence, employant le terme de « cession » dans des hypothèses de sous-concession. Par une décision de 1905<sup>(7)</sup>, actualisée en 1999<sup>(8)</sup>, et alors qu'il s'agit de trancher une

(3) CE Ass., avis 16 mai 2002, n° 366305.

(4) CE avis 16 mars 2010, req. n° 383668.

(5) Sur ce point, voir : L. Richer, « Sous-traitance : questions de vocabulaire », *CP-ACCP* n° 46, juillet 2005, p. 28.

(6) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, art. 42.

(7) CE 20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux, Rec. CE p. 55, concl. Romieu.

(8) CE 3 mai 1999, SARL Maison Dulac, req. n° 155825 ; plus récemment : CAA Marseille 14 mars 2016, Commune de Grasse, req. n° 14MA01872.

question relative à un sous-contrat du concessionnaire, il est jugé qu'un « concessionnaire ne peut en principe céder régulièrement l'exploitation du service qui lui est concédé, sans l'approbation de l'autorité concédante »<sup>(9)</sup>. Il reste que, dans ces décisions, n'est pas évoquée la cession du contrat mais celle de l'exploitation ou de l'exécution du service. Surtout, à se reporter au fichage de la décision, les notions de cession et de concessionnaire renvoient aux notions actuelles de concession et concessionnaire ; le concessionnaire ne pouvant pas décider d'une « nouvelle cession ».

En tout état de cause, ces notions sont distinctes. D'abord, à la différence de la sous-concession qui ne peut pas être totale, la cession d'un contrat ne devrait pas pouvoir être que partielle. Quand bien même pourrait-on lire l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 comme autorisant la cession partielle<sup>(10)</sup>, une telle cession (aboutissant à sa scission) serait vraisemblablement, sauf circonstances exceptionnelles, assimilée à une modification substantielle et donc illégale du contrat initial<sup>(11)</sup>. Ensuite, la sous-concession n'a pas, à la différence de la cession, d'effet translatif. Elle n'a aucune incidence sur l'identité des parties au contrat principal ni sur les responsabilités du concessionnaire. La sous-concession est donc une simple modalité d'exécution du contrat, sans modification.

## Le régime de la sous-concession

La sous-concession identifiée, reste à s'intéresser à son régime juridique.

### La sous-concession spontanée ou provoquée

Dans le prolongement de ce qui existait auparavant pour les concessions de travaux<sup>(12)</sup>, l'Ordonnance et le Décret prévoient la possibilité pour l'autorité délégante d'imposer le recours à la sous-contractualisation.

Le II de l'article 54 de l'Ordonnance dispose que l'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires de confier à des petites et moyennes entreprises (PME)<sup>(13)</sup> ou à des tiers « une part minimale des travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession fixée par voie réglementaire », fixée, par l'article 35 du Décret, « à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession ». Ce dispositif appelle les observations suivantes.

Premièrement, il constitue une faculté pour l'autorité délégante qui n'est jamais tenue d'imposer la sous-contractualisation. En revanche, dès lors qu'elle décide d'en faire usage, elle doit fixer la part à confier à des tiers (PME ou non), cette part ne pouvant être inférieure à 10 %<sup>(14)</sup> de la valeur estimée de la concession<sup>(15)</sup> et en faire état dans les documents de la consultation<sup>(16)</sup>, le caractère structurant de cette exigence invitant à en faire état dès l'avis de concession.

Deuxièmement, il ne concerne pas que la sous-concession mais tous les contrats conclus par le concessionnaire avec des tiers pour la réalisation de travaux ou de services objet du contrat (à l'exclusion des contrats de fournitures). De sorte que, même dans l'hypothèse où l'autorité concédante imposerait le recours à des sous-contrats, cela ne contraindrait pas pour autant le concessionnaire à sous-concéder.

Troisièmement, il ne concerne que les contrats conclus avec des tiers, ce que ne sont pas « les opérateurs économiques qui se sont groupés pour obtenir des contrats de concession, non plus que les entreprises qui leur sont liées au sens de l'article 18 »<sup>(17)</sup>. Le cas des entreprises liées (réservé aux entités adjudicatrices, avec des conditions difficiles à réunir) mis à part, il faut retenir que les prestations que se répartissent les membres d'un même groupement ne sont pas regardées comme confiées à des tiers, ce que seraient, à l'inverse et par exemple, les prestations confiées par une société dédiée à l'exécution d'un contrat de concession à ses propres actionnaires.

Quatrièmement, le fait d'imposer à un concessionnaire de confier une part des services ou des travaux objet du contrat de concession à des PME pourrait apparaître difficilement conciliable avec la possibilité donnée à des opérateurs économiques, qualifiés de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices, de participer à ces procédures. Et pour cause puisque cela les contraindrait à attribuer leurs sous-contrats en considération de la taille de l'entreprise ; ce qui est, à l'évidence, illégal.

Cinquièmement, pourra se poser la question de la légalité d'un critère de jugement des offres fondée sur la part du contrat confiée à des tiers, et notamment à des PME. À la différence de ce qui est prévu pour les marchés de partenariat<sup>(18)</sup>, ni l'Ordonnance ni le Décret ne prévoit le recours à ce critère, dont on peut se demander, même s'il est rattaché à une condition d'exécution du contrat, s'il contribue à identifier « la meilleure offre au regard de l'avantage économique global ».

[9] Nous soulignons.

[10] CE Section des finances, avis 8 juin 2000, n° 364803.

[11] Sur ce point, voir : Rép. min. n° 121169, JOAN 15 mai 2017, p. 4531 ; H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009, p. 85.

[12] Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

[13] Recommandation n° 2003/361/CE de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises du 6 mai 2003.

[14] Contre 30 % dans l'ancienne réglementation des concessions de travaux.

[15] Calculée dans les conditions prévues à l'article 7 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016.

[16] Art. 54 de l'Ordonnance.

[17] *Ibid.*

[18] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 87, III.

Ceci exposé, l'alternative est la suivante pour l'autorité concédante :

- soit elle impose le recours à la sous-contractualisation, auquel cas les soumissionnaires devront, sous peine d'irrégularité de leur offre, respecter l'exigence formulée en s'engageant à sous-contracter (éventuellement sous la forme d'une sous-concession) au moins à hauteur de ce qui est demandé ;

- soit elle laisse les soumissionnaires libres de recourir, ou non, à la sous-contractualisation en leur demandant, ou non, de préciser dans leur offre le volume de la sous-contractualisation envisagée et la nature des opérateurs avec lesquels ils envisagent de contracter.

En revanche, même si la réglementation est muette sur ce sujet, il y a tout lieu de considérer que l'autorité concédante ne devrait pas pouvoir, comme c'est maintenant le cas pour les marchés publics, interdire, par principe, le recours à la sous-concession sur une partie donnée du contrat.

## La conclusion du contrat de sous-concession de service public

Qu'elle soit spontanée ou provoquée, la conclusion de la sous-concession de service public demeure soumise à un voire deux obstacles.

### ● La mise en concurrence

Selon la nature du concessionnaire, la conclusion de la sous-concession peut devoir être précédée d'une procédure de mise en concurrence. Les grands principes n'ont pas évolué depuis 2002 et l'avis du Conseil d'État. Il en résulte que :

- soit le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice<sup>(19)</sup>, auquel cas la conclusion de la sous-concession doit être précédée – sauf à rentrer dans les cas de dispense – d'une procédure de mise en concurrence ;

- soit le concessionnaire n'est ni un pouvoir adjudicateur ni une entité adjudicatrice auquel cas il peut conclure le contrat de sous-concession de gré à gré, avec un opérateur qu'il choisit librement (sous réserve de l'accord préalable de l'autorité concédante).

Cette question de la mise en concurrence du sous-concessionnaire appelle trois observations complémentaires.

D'abord, quant à la nature de la mise en concurrence. Lorsque le délégataire doit organiser une mise en concurrence, il doit déterminer la procédure applicable. Pour ce faire, et comme pour tout contrat soumis à mise en concurrence, il devra déterminer la nature du contrat à conclure – qui ne sera plus forcément, comme avant,

une concession de services publics, mais qui pourra être de travaux ou de services – ainsi que sa valeur estimée.

Ensuite, quant à la portée de l'obligation de mise en concurrence, notamment lorsque le tiers auquel le concessionnaire (autorité adjudicatrice) envisage de sous-concéder une partie des prestations objet du contrat a été présenté au stade de la mise en concurrence du contrat principal. Dans une telle hypothèse, il ne fait guère de doute que le concessionnaire devrait organiser une procédure de mise en concurrence pour sélectionner le sous-concessionnaire. Le simple fait de le présenter dans le cadre de la mise en concurrence initiale ne devrait pas être suffisant pour regarder le sous-concessionnaire comme ayant déjà été mis en concurrence. En conséquence, un concessionnaire (autorité adjudicatrice) qui souhaiterait choisir librement son sous-concessionnaire pourrait répondre en groupement avec cet opérateur – il n'y aurait alors plus de sous-concession mais co-concession, les membres du groupement étant tous concessionnaires –, ou constituer une société dédiée qui sous-concéderait librement. Mais encore faudrait-il, dans cette deuxième hypothèse, que la société dédiée ne soit pas, elle-même, un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Enfin, quant à la possibilité pour l'autorité concédante d'imposer le recours à une procédure de mise en concurrence alors qu'elle n'est pas rendue obligatoire par les textes. Sur ce point, la jurisprudence est stabilisée depuis 2002, le Conseil d'État considérant que « dans le cadre des relations contractuelles » existant entre les parties au contrat de concession, le concédant « a la possibilité d'exiger de la société concessionnaire, quel que soit le statut de celle-ci, qu'elle procède à des mesures de publicité et de mise en concurrence afin de sélectionner » les sous-concessionnaires. Le débat peut donc se déplacer sur le terrain de l'opportunité de telles formalités (au regard du contrôle des capacités effectué par l'autorité concédante, des engagements pris par le concessionnaire et répercutés sur le sous-concessionnaire et de la flexibilité d'exécution du contrat).

### ● L'accord préalable de l'autorité délégante

En toute hypothèse, mise en concurrence ou non, la mise en place de la sous-concession est conditionnée, sous peine d'illégalité, à l'accord préalable de l'autorité concédante, même dans le silence du contrat principal<sup>(20)</sup>.

Précisons que si l'accord est préalable, c'est évidemment qu'il doit intervenir avant la mise en place effective de la sous-concession. Mais il peut même être donné dans le contrat principal, à condition que soient contractualisés le principe de la sous-concession et l'identité du sous-concessionnaire<sup>(21)</sup> ; l'autorité concédante se prononçant en toute connaissance de cause.

(19) Au sens des articles 9 et 10 de l'Ordonnance.

(20) CE 3 mai 1999, SARL Maison Dulac, req. n° 155825, précité ; CE Ass., avis 16 mai 2002, n° 366305.

(21) CE 30 mai 1980, Fréry, *Rec. CE* p. 256.



Ceci précisé, le rôle de l'autorité concédante est doublement conforté par les nouveaux textes.

Premièrement, l'article 35 du Décret renforce le droit à l'information de l'autorité concédante. Quel que soit le stade auquel est envisagée la sous-concession, le concessionnaire doit indiquer à l'autorité concédante « le nom, les coordonnées et les représentants légaux des tiers participant à ces services ou travaux ».

Deuxièmement, ce même article 35 étend le contrôle de l'autorité concédante.

Consacrée de longue date, la procédure d'agrément préalable « a notamment pour objet d'apprécier les garanties professionnelles et financières que doit présenter l'entreprise prestataire en vue d'assurer le bon accomplissement des missions qui lui sont confiées », l'autorité concédante pouvant « afin d'évaluer ces garanties, demander la production de tout document susceptible de l'éclairer »<sup>[22]</sup> ; ce qui renvoie aux éléments dont la production peut être demandée aux candidats à l'obtention de contrats de concession<sup>[23]</sup>. Il existait donc déjà un cadre protecteur des intérêts de l'autorité concédante (qui pouvait s'assurer des capacités suffisantes du sous-concessionnaire) et du concessionnaire (en encadrant la liberté d'appréciation de l'autorité concédante).

L'article 35 du Décret étend ce contrôle à celui des interdictions de soumissionner (qui existait sans doute dans le silence des textes). Il s'en déduit que l'autorité concédante doit s'assurer que le sous-concessionnaire proposé ne rentre dans aucun des cas prévus par les articles 39 et 40 de l'Ordonnance (interdictions générales et obligatoires de soumissionner), et s'il rentre dans un des cas prévus par l'article 41 de cette même Ordonnance (interdictions facultatives de soumissionner), qu'il a établi que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause. À défaut, la prestation devrait être assurée par un autre opérateur.

## L'exécution de la sous-concession

Le recours à la sous-concession implique, pour terminer, de s'interroger sur son articulation avec le contrat principal de concession.

### ● L'interdiction de la sous-concession totale

Confirmant la tendance jurisprudentielle et l'importance de l'intuitu personae dans les concessions, l'article 54 de l'Ordonnance dispose que le « concessionnaire peut confier à des tiers une part des services ou travaux faisant l'objet du contrat de concession »<sup>[24]</sup>. Seule une partie du contrat principal peut donc être sous-concédée.

[22] CE Ass., avis 16 mai 2002, précité.

[23] Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 45 ; décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, art. 19 et 21.

[24] Nous soulignons.

### ● La responsabilité intacte du concessionnaire

La sous-concession demeure sans incidence sur l'étendue de la responsabilité du concessionnaire.

L'article 54 de l'Ordonnance confirme que le concessionnaire « demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession ». Ainsi, sans préjudice des actions que le concessionnaire peut engager à l'encontre de son cocontractant, et sauf à ce que le Conseil d'État décide d'étendre sa jurisprudence Commune de Bihorel<sup>[25]</sup> à la sous-concession, la mauvaise exécution du contrat par le sous-concessionnaire engage la seule responsabilité du concessionnaire, tant vis-à-vis de l'autorité concédante que des usagers.

Et cette responsabilité sera engagée devant le juge administratif, sauf lorsqu'il s'agit, pour un usager, d'engager la responsabilité du concessionnaire d'un service public industriel et commercial.

### ● Le sous-concessionnaire et la responsabilité

Le sous-concessionnaire n'est, pour autant, pas en dehors du jeu des responsabilités.

Certes, il n'est, en principe, pas fondé à engager la responsabilité contractuelle de l'autorité concédante, avec laquelle il n'est lié par aucun contrat. Tout juste un sous-concessionnaire pressenti pourrait-il, au même titre que le sous-traitant en matière de marché public<sup>[26]</sup>, engager la responsabilité de l'autorité concédante refusant illégalement son intervention (ce qui pourrait même, dans l'absolu, survenir alors que le sous-concessionnaire a été désigné au terme d'une mise en concurrence).

En revanche, dans le cadre de l'exécution du sous-contrat, le sous-concessionnaire pourrait engager la responsabilité contractuelle du concessionnaire et obtenir la réparation de son entier préjudice. Le concessionnaire pourrait, quant à lui, engager la responsabilité contractuelle du sous-concessionnaire, le Conseil d'État ayant du reste jugé, à propos d'un sous-contrat de concession de service public, qu'en l'absence même de stipulations du contrat lui donnant cette possibilité, le concessionnaire « dispose de la faculté de résilier unilatéralement le contrat [de sous-concession] pour faute et sans indemnité »<sup>[27]</sup>.

Et si la responsabilité quasi-délictuelle de l'autorité concédante devrait être engagée devant le juge administratif, celui-ci ne serait compétent, pour arbitrer les contentieux entre concessionnaire et sous-concessionnaire, que dans les hypothèses limitées dans lesquelles le contrat de sous-concession serait administratif (par

[25] CE 7 décembre 2015, Commune de Bihorel, req. n° 380419, *BJCP* 2016/105, p. 132, concl. G. Pellissier.

[26] CE 7 novembre 1980, SA Schmid Valenciennes, req. n° 12060, *Rec. CE* p. 416.

[27] CE 12 novembre 2015, SA Jardin d'acclimatation, req. n° 387660, *BJCP* 2016/105, p. 143.

détermination de la loi – notamment lorsque le contrat a pour objet même de conférer un droit d'occupation du domaine public<sup>[28]</sup> – ou par application des critères jurisprudentiels).

### ● L'incidence du terme anticipé du contrat principal sur la sous-concession

La disparition – rétroactive ou non – du contrat de concession principal appelle, d'ultimes observations.

D'une manière générale, la sous-concession s'inscrivant dans une chaîne de contrats, la disparition du contrat principal (résiliation, résolution, annulation) devrait entraîner la disparition du contrat secondaire, frappé de caducité (la sous-concession étant directement liée au contrat principal). Ce n'est pourtant pas la solution qui semble prévaloir, au moins en matière de résiliation des contrats portant sur l'exécution d'un service public.

Par sa décision Commune de Propriano, le Conseil d'État a jugé « qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service ». Cette substitution de plein droit est cependant neutralisée lorsque les contrats en cause comportent des engagements « anormalement pris »<sup>[29]</sup>.

Il en résulte que, la résiliation d'un contrat de concession portant, au moins en partie, sur l'exécution d'un

service public (les autres sous-concessions de services non publics ou de travaux ne semblant pas concernées) emporte cession automatique à l'autorité concédante (avec un droit corrélatif au profit du sous-contractant) des sous-concessions qui relèvent assurément, lorsqu'un service public est en jeu, d'un contrat conclu « pour l'exécution même du service ».

Destinée à préserver les intérêts des usagers mais aussi des autorités concédantes, cette décision, sans doute légitime lorsque sont concernés de simples contrats de prestations ou de simples sous-concessions d'occupation domaniale, pourrait cependant donner naissance à des situations ubuesques en matière de sous-concession. On peine, par exemple, à identifier l'intérêt pour l'autorité concédante de devoir (sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis du créancier de ce droit) reprendre une sous-concession dont la mauvaise exécution est à l'origine de la résiliation du contrat principal. De la même manière, lorsque la personne publique décide de résilier le contrat de concession pour un motif d'intérêt général dans le cadre d'une réorganisation générale du service public, on peine à identifier l'intérêt qu'elle pourrait avoir (de même que les usagers) à reprendre un contrat de sous-concession inadapté.

Tout ceci devrait donc inciter les parties au contrat principal à régler le sort des sous-contrats de manière anticipée ; la continuité du service pouvant être garantie sans pour autant complexifier le processus de résiliation du contrat principal.

Pour le reste, en revanche, c'est-à-dire, d'une part, lorsque les contrats de concession (qu'ils portent ou non sur l'exploitation d'un service public) sont annulés et, d'autre part, lorsque ce sont des contrats de concession de travaux ou de services (non publics) qui sont résiliés, cette disparition devrait bien entraîner la résiliation des sous-contrats, dont les sous-concessions. Ce qui est d'autant plus étonnant, au moins en cas d'annulation, puisque, dans ce cas, l'autorité concédante pourrait avoir moins de temps pour organiser la poursuite du service...

[28] CG3P, art. L. 2331-1 ; TC 17 novembre 2014, Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées-Orientales, req. n° 3965.

[29] CE Sect. 19 décembre 2014, Commune de Propriano, req. n° 368294, *BJCP* 2015/99, p. 75, concl. G. Pellissier.