

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article4621>

Le régime juridique des délégations de service public

- Actualité -



Date de mise en ligne : mardi 1er avril 2014

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale - Tous

droits réservés

En partenariat avec la Revue Lamy des Collectivités Territoriales, retrouvez l'intervention de Me Emmanuel Glaser lors de notre colloque consacré aux 20 ans de la loi Sapin

[1]

I – Les règles de passation

A – Un cadre légal et réglementaire sommaire

La loi Sapin [2] et son décret d'application [3] ne contiennent que peu de dispositions sur la procédure de passation des délégations de service public (DSP).

L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) – article 38 de la loi Sapin – dispose ainsi seulement que l'autorité délégante organise « une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État ».

Cette procédure est très sommaire, puisqu'elle se résume à la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, dans deux publications, l'une habilitée à recevoir des annonces légales, l'autre spécialisée.

Cet avis doit contenir trois types d'information :

- la date limite de présentation des offres de candidatures, qui est, pour les DSP « normales » d'un mois et pour celles constitutives de concession de travaux de 52 jours (ou 45 jours par voie électronique) ;
- les caractéristiques essentielles du contrat, notamment son objet et sa nature, mais pas sa durée, par exemple, dès lors que celle-ci figure dans le dossier de consultation [4] ;
- les modalités de présentation des candidatures et les conditions matérielles de leur remise (conditions matérielles de celle-ci : adresse de l'autorité délégante, forme de l'envoi, date et heure de réception des candidatures), mais aussi liste des informations et documents qui permettront à l'autorité délégante d'apprécier notamment les garanties professionnelles

et financières du candidat.

Puis, aux termes de l'article L. 1411-5, la commission de délégation de service public dresse la liste des candidats admis à présenter une offre ; elle examine, pour cela, « leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public » [5].

Le Conseil d'État a admis que le critère du chiffre d'affaires pouvait justifier le rejet d'une candidature [6]. Il n'exige pas, en revanche, que la décision par laquelle la commission rejette une candidature soit motivée [7].

L'autorité délégante adresse, alors, à chacun des candidats admis à présenter une offre un « document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations, ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur » [8] ou document programme.

La mise au point d'un document le plus précis possible est nécessaire à ce stade, compte tenu de l'obligation pour la collectivité d'informer le mieux possible les candidats sur « l'objet et l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés en application du contrat projeté par l'administration » [9].

En revanche, il n'est pas nécessaire que ce document contienne un règlement de la consultation en bonne et due forme [10]. Ce document peut être modifié, mais sans que cette modification ait pour but d'avantager un candidat ou bouleverse l'économie générale du contrat [11].

Au vu de ce document, les entreprises établissent leur offre dans le délai fixé par la collectivité, qui, en l'absence de précision dans le texte, doit être un délai raisonnable.

L'autorité délégante n'est pas tenue de fixer une date limite de validité des offres [12].

La commission de délégation de service public procède à l'ouverture des plis et à l'examen des offres, à l'issue duquel elle donne un avis simple à l'autorité chargée de négocier et de conclure le contrat.

L'exécutif de la collectivité négocie alors librement, comme on va le voir, puis choisit le délégataire.

Enfin, afin de fermer la porte du référé contractuel, d'une part, l'article R. 1411-2-1 du CGCT, issu du décret du 27 novembre 2009 [13] prévoit la publication au Bulletin officiel Le régime juridique des délégations de service public des annonces des marchés publics (BOAMP) d'un avis

d'intention

de conclure le contrat et le respect d'un délai de 11 jours entre cette publication et la conclusion du contrat et, d'autre part, l'article R. 1411-2-2 du même code prévoit la publication d'un avis d'attribution au BOAMP.



B – Les contraintes imposées par la jurisprudence

On aurait pu penser que la loi et le décret étant venus fixer précisément les obligations s'imposant aux personnes publiques, aucune autre obligation ne pouvait leur être imposée.

C'était sans compter avec l'impact de la jurisprudence communautaire, en l'occurrence l'arrêt « Telaustria » [14], qui a imposé, sur le fondement direct du traité CE, le respect, en l'absence même de toute disposition dans les directives, d'un « degré de publicité adéquat ». Cette obligation a trouvé sa transposition en droit interne dans la notion de « principes généraux du droit de la commande publique ».

Sur la base de ces principes, le Conseil d'État avait, par sa décision de Section « ANPE », jugé que le pouvoir adjudicateur doit indiquer les critères d'attribution d'un marché, qui n'est soumis à aucune procédure particulière, dès l'avis d'appel public à la concurrence, ainsi que les conditions de mise en oeuvre de ces critères [15].

Il a, presque un an plus tard, et comme on pouvait s'y attendre, transposer cette jurisprudence aux délégations de service public en imposant à la personne publique d'informer les candidats, avant le dépôt de leur offre, des « critères de sélection des offres ». En revanche, compte tenu de la liberté de négociation et de choix dont dispose la personne publique, elle n'est pas tenue d'informer les candidats de modalités de mise en oeuvre de ces critères, contrairement à ce que proposait le rapporteur public [16].

C – Les marges de manoeuvre qui demeurent

Elles tiennent d'abord à la grande liberté laissée à la personne publique pour négocier le contrat et pour choisir l'attributaire.

Ainsi, l'article L. 1411-1, 5e alinéa dispose que les offres « sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ». Et, s'agissant des collectivités territoriales, l'article L. 1411-5, 5e alinéa, du CGCT est encore plus explicite puisqu'il prévoit qu'« au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre ».

Cette liberté a été confirmée à maintes reprises par le Conseil d'État [17].

Ainsi, la personne publique :

- n'est pas tenue de négocier avec l'ensemble des candidats [18] ;
- n'est pas tenue d'informer les candidats avec lesquels elle n'entend pas négocier, de cette décision [19] ;
- n'est pas tenue de fixer, en amont, un calendrier des négociations [20] ;
- est libre de déterminer à sa guise les modalités pratiques de la négociation (nombre de réunions, modalités des échanges avec les candidats...) [21] ;
- peut renoncer en cours de route à poursuivre les négociations avec un ou plusieurs candidats [22] ;
- n'est pas tenue de notifier au candidat sa décision de cesser de négocier avec lui [23] ;
- peut clore à tout moment les négociations [24].

Cette liberté n'est, toutefois, pas sans limite dès lors que la personne publique est, bien-sûr, tenue de respecter le principe d'égalité entre candidats :

- elle ne peut prolonger au profit d'une seule entreprise le délai qu'elle a imposé à toutes les entreprises pour remettre les offres [25],
mais elle peut imposer un délai très bref [26] ;

– la négociation ne doit pas remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence et les évolutions du contrat résultant de la négociation de doivent pas résulter d'un traitement discriminant appliqué par la personne publique [27].

Enfin, la personne publique choisit librement l'attributaire. Ce choix doit être approuvé par l'assemblée délibérante, et ne peut l'être par l'exécutif seul [28]. L'assemblée délibérante ne peut se prononcer moins de deux mois après la saisine de la commission de délégation de service public, en application de l'article L. 1411-7 du CGCT, et ce afin de laisser un véritable espace à la négociation conduite par l'exécutif [29].

Cette liberté a, cependant, été récemment encadrée par l'exigence d'indication des critères de choix – comme exposé précédemment – et par le revirement de jurisprudence effectué par le Conseil d'État, décidant d'exercer dorénavant un contrôle restreint sur ce choix, là où auparavant il n'exerçait aucun contrôle sur l'appréciation de la personne publique [30].



II – Le régime des biens

Le régime des biens de la délégation de service public a fait l'objet d'une décision majeure, rendue en Assemblée le 21 décembre 2012 [31].

Il faut reconnaître que cette décision ne bouleverse pas l'état du droit, mais constitue plutôt une réaffirmation de principes anciens qui n'avaient, jusque là, pas toujours été affirmés aussi clairement et certainement jamais synthétisés dans une décision unique en faisant la théorie.

La décision apporte aussi quelques modifications ou assouplissements,

mais elle ne constitue pas le grand soir des biens de retour que certains appelaient de leurs vœux. À titre de point de départ, la décision réaffirme le triptyque classique, aux termes duquel, dans le cadre d'une DSP, les biens sont divisés en trois catégories : les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres.

A – Le régime inchangé des biens de reprise et des biens propres

On peut passer rapidement sur les biens propres, c'est-à-dire les biens qui sont utilisés accessoirement pour les besoins du service, mais qui restent toujours entre les mains du concessionnaire. On sait que l'on qualifiait traditionnellement de biens de reprise les biens qui sont utiles à la concession sans lui être indispensables. S'agissant de ces biens, le Conseil d'État confirme :

- qu'ils sont en principe, c'est-à-dire notamment si le contrat n'en dit rien, la propriété du délégataire ;
- que le contrat peut toutefois prévoir que ces biens sont la propriété du délégant, soit ab initio, soit au terme du contrat ;
- que si le contrat n'a pas prévu que les biens de reprise appartenaient à la personne publique, ces biens peuvent être repris par elle au terme du contrat, moyennant un prix ;
- mais que, là encore, le contrat peut prévoir que cette reprise se fera à titre gratuit.

La décision confirme donc la grande liberté de gestion dont disposent les parties à la concession s'agissant du régime des biens de reprise.

B – Les biens de retour

Mais le cœur de la décision est évidemment le régime des biens de retour. La présentation de celui-ci suppose d'examiner trois points.

1) La qualification de biens de retour

C'était l'un des points majeurs de contestations de la jurisprudence par la doctrine, qui réclamait une plus grande liberté des parties pour qualifier les biens de la concession de biens de retour ou de reprise. Sur ce point, le Conseil d'État n'évolue absolument pas. La décision rappelle, car ce n'est pas une nouveauté, que l'ensemble des biens, meubles et immeubles, créés ou acquis dans le cadre de la concession et « nécessaires au fonctionnement du

service public » (cons. 2) ou « indispensables au fonctionnement du service public » (cons. 5) sont des biens de retour.

Il n'y a, donc, aucune marge de manœuvre des cocontractants, puisque la détermination des biens de retour est purement objective et dépend de leur nécessité pour le service public.

Et le Conseil d'État réaffirme le principe que, dans le silence de la convention, ces biens appartiennent ab initio, c'est-à-dire « dès leur acquisition ou leur réalisation », à la personne publique (cons. 2).

2) *Le régime des biens de retour pendant la durée de la concession*

Toutefois, cette appartenance à la personne publique ab initio n'existe que dans le silence du contrat, ce qui implique que ce contrat peut, dans certaines conditions et sous certaines réserves, prévoir le transfert de la propriété de ces biens au concessionnaire pendant la durée de la concession. Les conditions d'un tel transfert sont relativement complexes, car elles dépendent du fait de savoir si ces biens appartiennent ou non au domaine public de la personne concédante.

Le Conseil d'État distingue, en effet, deux hypothèses.

- L'ouvrage est établi sur la propriété d'une personne publique

La décision juge que « *lorsque des ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public et ainsi constitutifs d'aménagement indispensables à l'exécution des missions de ce service, ils relèvent de ce fait de la domanialité publique* ».

Il y a là une forme de syllogisme. On déduit du seul fait qu'un bien est nécessaire au fonctionnement du service public, condition pour qu'il soit qualifié de bien de retour, qu'il a fait l'objet d'aménagements indispensables, condition de son appartenance au domaine public, aux termes de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP).

Une telle déduction fait tomber tous les biens de retour installés sur la propriété d'une personne publique dans le domaine public, ce qui va, comme le soulignaient les professeurs Fatôme et Terneyre, à l'encontre de la volonté des auteurs du CGPPP de restreindre le champ de la domanialité publique.

Dès lors que ces biens relèvent de la domanialité publique, leur appropriation, même temporaire, par une personne privée n'est possible que sur le fondement des dispositions législatives qui l'autorisent, c'est-à-dire dans le cadre, pour les collectivités territoriales, du bail emphytéotique administratif [32] ou des autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels [33] et, pour

l'État et ses établissements publics, des autorisations temporaires d'occupation du domaine public constitutives de droits réels prévues par les articles L. 2122-6 à L. 2122-14 du CGPPP.

Mais, dès lors que la concession de service public n'a de sens que pour la gestion d'un service public, il faut que cette appropriation privative ne fasse pas obstacle à la continuité du service. Le Conseil d'État ajoute donc que « la nature et l'usage des droits consentis » ne doivent pas être susceptibles de porter atteinte à cette continuité.

Dernière remarque, la décision vise les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique et non sur le domaine public de celle-ci. On en déduit que ce régime est également applicable aux ouvrages établis sur le domaine privé de la personne publique et, comme il est difficilement imaginable qu'un ouvrage appartenant au domaine public soit établi sur le domaine privé, on peut en déduire que ce domaine privé bascule lui aussi dans le domaine public.



- L'ouvrage est établi sur la propriété d'une personne privée

C'est le principal apport de la décision « Commune de Douai » et la principale souplesse qu'elle offre aux cocontractants.

Dans ce cas, le contrat « peut attribuer au délégataire ou concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété » ou des « droits réels » sur ces biens (cons. 4).

Mais là encore ou plus encore, « sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession ».

On reconnaît là l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui ne lie plus indissolublement la continuité du service public et l'appartenance au domaine public (Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, Loi relative à l'entreprise France Télécom, et Cons. const.,

14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, Loi relative aux aéroports).

3) Le régime des biens de retour à l'issue de la concession

Mais, à l'issue de la convention, tout rentre dans l'ordre, si l'on peut dire.

Tous les biens de retour reviennent, à ce moment, gratuitement, en principe, à la personne publique (cons. 6).

Il en va ainsi aussi bien de ceux établis sur la propriété de cette personne publique que de ceux établis sur la propriété du concessionnaire et qui sont demeurés sa propriété, en vertu des clauses contractuelles, pendant toute la durée du contrat. Cela découle, comme le dit la décision, du fait qu'ils « ont été amortis au cours de l'exécution du contrat ».

S'agissant du régime du retour des biens, la liberté contractuelle est strictement limitée. Elle ne peut s'exercer que dans un sens : le contrat peut ainsi prévoir que le concessionnaire doit reprendre les biens qui ne sont plus nécessaires au fonctionnement du service public.

La décision réserve, toutefois, deux hypothèses où le retour de ces biens ne se ferait pas à titre gratuit.

- La première, évidente, est celle où le contrat est résilié avant terme (cons. 8). Dans ce cas, le concessionnaire est indemnisé à hauteur de la valeur non amortie des biens en cause. Cela ne pose pas de problème lorsque la durée d'amortissement des biens était inférieure ou égale à la durée du contrat. Dans ce cas, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable inscrite au bilan. Lorsque, en revanche, la durée d'amortissement était supérieure à la durée du contrat, l'indemnisation est alors égale « à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat », c'est-à-dire de la valeur nette comptable qui résulterait si l'on avait pratiqué des amortissements de caducité, lesquels consistent en l'amortissement accéléré d'un bien sur la durée du contrat alors que sa durée normale d'amortissement est supérieure.
- La seconde, très implicite dans la décision, est celle où les parties ont convenu, en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée normale d'amortissement, une indemnité pour le concessionnaire à l'issue du contrat. Cette possibilité existe, comme l'a confirmé récemment le Conseil d'État [\[34\]](#).

Dans un tel cas, la portée de la décision « Commune de Douai » n'est pas de priver le cocontractant de l'indemnisation prévue par le contrat.

– [L'intervention de Me Emmanuel Glaser en format PDF \(extraits de la Revue Lamy des Collectivités Territoriales\)](#)

– [Le sommaire de la Revue Lamy des Collectivités Territoriales de février 2014](#)



[1] Dessins : © Jean Duverdier

[2] L. n° 93-122, 29 janv. 1993

[3] D.
n° 93-471, 24 mars 1993

[4] CE, 25 juill.
2001, Syndicat des eaux de l'Iffernet, BCJP 2001, p. 530, concl. Piveteau
D.

[5] CGCT, art. L. 1411-1, al. 3

[6] CE,
21 juin 2000, n° 209319, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de
la presqu'île guérandaise

[7] CE, 27 janv. 2011, n° 338285, Commune de Ramatuelle

[8] CGCT, art. L. 1411-1, al. 3

[9] CE, 22 mars 2000, n° 207804,
Epoux Lasaulce

[10] CE, 25 juill.
2001, n° 231319, Syndicat des eaux de l'Iffernet

[11] CE, 29 avr. 2002, n° 216902, Groupement des associations de l'Ouest parisien

[12] CE, 4 févr. 2009, n° 312411, Communauté urbaine
d'Arras

[13] D.
n° 2009-1456, 27 nov. 2009

[14] CJCE, 7 déc. 2000, aff.
C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria
AG

[15] CE, sect., 30 janv. 2009, n° 290326, ANPE

[16] CE, 23 déc.
2009, n° 328827, Établissement public du musée et du domaine national
de Versailles

[17] CE, 21 juin 2000, n° 209319, Syndicat intercommunal de la Côte
d'Amour et de la presqu'île guérandaise ; CE, 15 déc. 2006, n° 298618,
Société Corsica Ferries

[18] CE, 23 mai 2008, n° 306153, Musée Rodin

[19] CE, 15 déc. 2006, Société
Corsica Ferries, préc.

[20] CE, 18 juin 2010, nos 336120 et 336135, Communauté urbaine de
Strasbourg et Société Seche Echo Industrie

[21] CE, 21 mai 2010, n° 334845, Commune de Bordeaux

[22] CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour, précitée

[23] CE, 18 juin 2010, Communauté urbaine de Strasbourg, précitée

[24] même décision

[25] CE, 15 juin 2001, n° 223481, SIAEP de Saint-Martin-de-Ré

[26] même décision, 24 heures en l'espèce, compte tenu de l'état d'avancement des négociations.

[27] CE, 18 juin 2010, n° 335475, Société SAUR et commune de Briançon, et CE, 10 juin 2009, n° 317671, Port autonome de Marseille, s'agissant de la mise au point du contrat définitif avec l'attributaire

[28] CE, 3 oct. 1997, n° 164360, Commune de Saint-Julien

[29] CE, avis, 15 déc. 2006, n° 297846, Préfet des Alpes Maritimes

[30] CE, 7 nov. 2008, n° 291794, Département de la Vendée

[31] CE, 21 déc. 2012, n° 342788, Commune de Douai

[32] CGCT, art. L. 1311-2 à L. 1311-4-1

[33] CGCT, art. L. 1311-5 à L. 1311-8

[34] CE, 4 juill. 2012, n° 352417, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, Véolia Eau – CGR, Rec. CE tables 2012, p. 842