

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article4836>

Le choix du mode de gestion d'un service public et la directive « Concessions »

- Actualité -



Publication date: vendredi 22 août 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 Samuel Dyens lors du colloque de l'Observatoire consacré à la loi Sapin et aux délégations de service public.

Figure imposée dans cette journée, même si son ombre plane sur l'ensemble des débats depuis ce matin, la question de l'adoption de la directive sur l'attribution des contrats de concession [\[1\]](#) s'impose à nous.

Alors que le projet a été beaucoup commenté – et que la directive le sera tout autant dès son adoption [\[2\]](#) – l'approche choisie pour cette contribution se veut différente.

Il s'agit de rapidement envisager les points clés de toute décision optant pour un mode de gestion particulier d'un service public, à l'aune du projet de directive « Concessions ». Non dans sa version originelle, mais dans celle qui, en cette fin d'année, semble proche de la version qui sera soumise au vote en janvier prochain [\[3\]](#), pour une transposition prévue d'ici 2016.

Choisir un mode de gestion n'est jamais neutre. Mais les enjeux ne sont pas seulement financiers ou techniques. Pierre-Paul Léonelli nous l'a fort bien montré il y a un instant, le choix de gestion est conditionné par de nombreux critères.

C'est à partir de ces critères qu'il est proposé d'étalonner le projet de directive « Concessions », afin d'envisager ce que pourraient être les effets de ce texte sur nos pratiques internes en la matière.

I – La nécessité de déterminer les objectifs poursuivis par la délégation de service public

Le souci d'un portage financier optimal, notamment en cas de dépenses d'investissement particulièrement lourdes, ou de complexité technique de la gestion de tel service ou équipement publics, pour légitimes, ne doivent pas être les seuls objectifs poursuivis lors du choix du mode de gestion.

La première des questions à se poser est celle de savoir ce que sont les objectifs politiques que la collectivité responsable assigne à la gestion du service public en cause. En effet, il ne faut surtout

pas oublier que la délégation de service public (DSP) va permettre de poursuivre d'autres objectifs qu'il appartient à la collectivité publique délégante de déterminer pour choisir, en conséquence, le « bon » mode de gestion. Notamment parce que seule la gestion du service est déléguée, le délégant conservant l'entière responsabilité de la détermination et de la direction du service public.

Absent du projet de décembre 2011, réintroduit par l'amendement n° 42 du rapporteur français Philippe Juvin, le principe de libre choix du mode de gestion et des objectifs assignés figure à l'article 1 bis du projet actuel de directive.

Mais sous une forme originale, puisque cet article traite du « principe de libre administration (sic) par les pouvoirs publics », signifiant que les autorités nationales, régionales et locales sont libres de décider « conformément au droit national et de l'Union », du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services.

Et cet article d'indiquer quelques exemples d'objectifs qui peuvent conditionner le choix du mode de gestion, comme celui d'assurer un niveau élevé de qualité et de sécurité, d'assurer l'égalité de traitement ou encore de promouvoir l'accès universel et les droits des utilisateurs en matière de services publics.

Si l'on ne peut qu'adhérer à ces objectifs généraux, l'article 1 bis – pour réellement maintenir la liberté des pouvoirs publics en la matière – doit aussi permettre de déterminer des objectifs politiques sectoriels qui, domaine d'activité par domaine d'activité, traduisent la responsabilité non-délégable de la détermination et de la direction du service.

Par exemple, dans le domaine des transports publics – même si ce domaine sera probablement exclu du champ d'application de la directive, tout en relevant de celui de la loi Sapin... –, la recherche d'objectifs tels que l'incitation à l'usage des transports collectifs, à des tarifs permettant une plus grande égalité d'accès au service, ou la promotion de modes de déplacement respectueux de l'environnement, sans parler des créations d'emplois attendues doivent pouvoir être légitimement déterminées par le délégant.

Mais il faudra rester prudent dans la détermination de ces objectifs sectoriels. Ils devront être nécessairement liés à l'objet de la concession, afin de ne pas en faire un critère de choix discriminatoire.

La position du juge administratif français ne dit pas autre chose, puisqu'il a été jugé par exemple que « la prise en compte pour le choix des offres de créations d'emploi sans rapport avec les besoins du service public délégué, et donc sans lien avec l'objet du contrat a méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures » [\[4\]](#).

II – Service public délégable et service

d'intérêt économique général

En droit interne la question a connu un net regain d'actualité [5].

Nombre de contentieux ont posé la question de la qualification de service public de certaines activités, non dans un but théorique, mais pour déterminer si l'activité en cause est bien un service public, les conséquences opérationnelles en termes de formalités de publicité et de mise en concurrence, ou de régime juridique applicable [6]. Et en filigrane, c'est celle de la compatibilité de la notion

française de service public avec celle, européenne, de service d'intérêt économique général (SIEG) qu'il faut résoudre.

Rappelons que la Commission précise que « les entreprises qui assument la gestion de SIEG sont des entreprises chargées (...) d'une mission de service public particulière (...) qui implique la prestation d'un service qu'un opérateur, s'il considérait son propre intérêt commercial, n'assumerait pas ou n'assumerait pas dans la même mesure ou dans les mêmes conditions » [7]

Sans entrer dans une analyse par trop détaillée, faute de temps, deux observations méritent toutefois d'être formulées.

En premier lieu, le projet actuel de directive « Concessions » dispose, dans son article 1 quater, que les pouvoirs publics disposent de la liberté de définir des services d'intérêt économique général. Mais au-delà de cette pétition de principe, il faut bien appréhender ce que cela signifie pour l'Union européenne.

Ainsi, l'article 1 quater indique que « la présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres de définir, conformément au droit de l'Union, ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux aides d'État ou les obligations spécifiques auxquelles ils doivent être soumis ».

Autrement dit, ce n'est pas une liberté absolue qui est confiée aux pouvoirs publics, mais une liberté surveillée. La liberté de créer des services d'intérêt économique général – notion qui n'est en rien le synonyme de la notion de service public – ne peut s'exercer qu'en conformité avec le droit de l'Union. Et en particulier pour leur financement qui, en toutes hypothèses, doit être conforme aux règles relatives aux aides d'État, singulièrement aux dispositions du « Paquet Almunia » [8]. « Paquet » dont l'une des finalités est d'encadrer et de sécuriser le financement des obligations de service public que les SIEG doivent assumer, sans trahir l'objectif de préservation du libre jeu de la concurrence.

En second lieu, et dans le prolongement, la question de la compatibilité de la jurisprudence française avec ces dispositions se pose dans un certain nombre de situations [9]. Faut-il rappeler encore qu'une compensation d'« obligations spécifiques de service public » [10] (COSP), se définissant comme « la contrepartie des prestations

effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public » [11], peut ne pas être qualifiée d'aide d'État (et donc être valable au regard du droit européen), notamment si elle respecte les critères de l'arrêt « Altmark » [12].

Le Conseil d'État a récemment contrôlé des clauses de délégation de service public au regard des critères de cet arrêt [13]. Et pour le dire simplement, s'il ressort de la jurisprudence administrative l'affirmation d'une cohérence globale avec le droit européen, c'est souvent au prix d'une souplesse voire d'une liberté d'interprétation qui laisse augurer des lendemains peut-être difficiles.

Ainsi, au sens de l'arrêt « Altmark », une COSP ne sera pas considérée comme une aide d'État notamment si le prestataire est effectivement chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. Dans l'arrêt « CMN-SNCM » [14], au-delà de la réponse positive du juge au cas d'espèce, c'est la question de la détermination du périmètre même de la DSP en cause qui révèle une approche sensiblement différente entre le droit européen et le droit interne [15]. Le premier adopte une approche stricte du service délégué, en l'envisageant activité par activité [16], alors que le second a adopté une analyse globale du service délégué, activités principales et accessoires réunies, logiquement plus favorable au service public.

À n'en pas douter, le contrôle des clauses des DSP au regard du droit européen des aides d'État est un (nouveau) secteur de confrontation entre juge interne et juge communautaire, dont la future directive « concessions », loin d'en être la cause, n'en sera qu'un révélateur.



III – La maîtrise des différents modes de gestion disponibles

À l'évidence, rappeler la longue litanie des modes de gestion disponibles n'aurait que fort peu d'intérêt. D'autant que rares sont les situations dans lesquelles un mode de gestion est utilisé dans sa plus grande orthodoxie « théorique », complexifiant ainsi le paysage contractuel et justifiant la notion de « montage contractuel »

complexe » ! Sans ajouter des outils de gestion, relevant des pouvoirs nationaux, le projet de directive « concessions » porte des dispositions potentiellement impactantes pour le droit interne.

Tout d'abord, faut-il le rappeler, le projet de directive affirme que les autorités nationales « sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la fourniture de services ». Sous réserve d'adopter une définition commune de la notion de risque de gestion, nous allons y revenir.

Par ailleurs, l'article 15 du projet de directive prévoit des évolutions notables pour l'exception « in house » [17]. Ainsi, une concession ne relèvera pas du champ d'application de la directive si « a) le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice exerce sur la personne morale concernée un contrôle semblable à celui qu'il ou elle exerce sur ses propres services, si b) plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui la contrôle ou par d'autres personnes morales que ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice contrôle, et si c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

Outre que le contrôle analogue deviendrait « semblable », l'activité qui devait être « essentiellement exercée » pour le compte du pouvoir adjudicateur serait désormais quantifiée à 80 % du volume d'activité de la structure « in house ». La structure bénéficiaire de cette activité peut être, outre le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, une personne morale elle-même contrôlée par le « pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice ».

Mais surtout, le projet de directive indique que la structure « in house » pourra comporter des participations de capitaux privés qui ne confèrent à leurs titulaires aucun pouvoir de contrôle ou de blocage permettant d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. C'est-à-dire, même limitée et encadrée, une dose d'actionnariat privé.

Au surplus, le projet de directive validerait le principe « in house » conjoint puisqu'en son article 15, § 3, il indique qu'un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice) peut exercer « conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, un contrôle semblable à celui qu'il ou elle exerce sur ses propres services » sur la personne morale contrôlée. On retrouve ici les orientations dégagées par l'arrêt « Asemfo » du 19 avril 2007 [18] qui précise que le contrôle analogue peut être un contrôle exercé « conjointement » [19], c'est-à-dire exercé en commun par plusieurs pouvoirs adjudicateurs actionnaires, à condition qu'ils soient tous associés de l'entité, même si leur participation est faible [20].

Enfin, la coopération public/public serait également visée par le projet de directive. Son article 15, § 4 prévoit en effet qu'un contrat conclu exclusivement entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ne relèvera pas du champ d'application de la directive, lorsqu'il établira ou mettra en oeuvre une coopération entre ces personnes morales dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont fournis en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, que la mise en oeuvre de cette coopération n'obéira qu'à des considérations d'intérêt public et, troisième critère cumulatif, que la part des activités relevant de l'objet de la coopération réalisées sur le marché concurrentiel ne dépasse pas 20 % de son volume d'activité.

IV – Le transfert d'une réelle part de risque pour le délégataire

On le sait, il faut déterminer un réel niveau de risque d'exploitation assumé par le délégataire pour considérer qu'il y a bien délégation de service public [21]. Risque consistant par exemple en la présence d'une incertitude réelle quant à la fréquentation, en l'existence d'une part variable dans sa rémunération, ou encore en l'inexistence d'une clause de garantie totale de résultat...

Reprenant les critères dégagés par la jurisprudence [22], la loi MURCEF du 11 décembre 2001 [23] avait défini la délégation de service public comme le « contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service » [24].

De la confrontation de cette ligne jurisprudentielle avec celle initiée par la Cour de justice, il en résulte une approche différente, malgré un dénominateur commun – le risque –, consistant en l'immixtion de concepts économiques dans le droit des délégations de service public peu aisés à maîtriser. C'est ainsi que le long exposé des motifs du projet de directive traite d'un « risque opérationnel de nature économique » (§ 7).

En adoptant la notion de risque comme critère central de la définition de la concession de service, la directive s'inscrirait dans un mouvement initié depuis longtemps par la Cour de justice, et encore récemment rappelé [25]. Ainsi, la Cour de justice a jugé que « lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat (...) et que cet opérateur économique encourt un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, (...) qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités, ledit contrat doit être qualifié de contrat de concession de services » [26].

Mais une lecture plus fine du projet de directive doit être faite.

Ainsi, le projet avance clairement que l'attribution d'un contrat de concession de services doit donner lieu au « transfert au concessionnaire d'un risque opérationnel lié à l'exploitation de ces services » (art. 2, § 1, b). Au sens européen de la notion, cela signifie que la part de risque transférée au concessionnaire doit comporter une exposition réelle aux aléas du marché, « telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne serait pas seulement nominale ou négligeable ». En ce sens, comme le proposait l'amendement n° 44 du rapport Juvin, le risque peut conduire à ce que le concessionnaire n'amortisse pas les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation du service dans des conditions normales. C'est-à-dire que le risque opérationnel « véritable » doit résulter de facteurs sur lesquels les parties au contrat ne doivent avoir aucun contrôle. Cette situation peut résulter soit d'un risque inhérent à la demande, celui-ci caractérisant le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat, soit d'un risque lié à l'offre, consistant notamment en ce que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande, soit des deux, demande et offre. En conséquence, en droit interne, la personne publique délégante devra impérativement organiser, avec plus de soin peut-être que ce que les collectivités publiques le font aujourd'hui, un certain niveau de risque, mais un risque certain, dans la délégation projetée, afin que celle-ci puisse bénéficier de l'encadrement a priori plus souple des concessions de services.

V – La détermination de la « bonne » durée

En droit interne, la durée d'une délégation de service public est liée à la prestation demandée au délégataire. Ainsi, tel que cela résulte de la loi Sapin, « lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre » [27].

La question de la durée a connu trois évolutions particulièrement importantes, qu'il faut nécessairement prendre en compte au moment de choisir son mode de gestion, ou de renouveler sa DSP.

En premier lieu, la durée est devenue un objet susceptible de négociation, dans le cadre d'une procédure de DSP. Caractéristique essentielle de la convention [28], le juge a accepté d'en faire une donnée variable, susceptible de discussion avec les entreprises [29]. La contrepartie légitime réside dans l'obligation d'indiquer les conditions dans lesquelles seront appréciées les différentes offres au regard de la durée du contrat [30].

En second lieu, le juge a fait évoluer l'interprétation des modalités de calcul de la durée. Par l'arrêt « Société Maison Comba » [31], le Conseil d'État permet de déterminer une durée globale de délégation

plus longue que la seule durée résultant d'une approche strictement comptable de l'amortissement, notamment pour pouvoir tenir compte des contraintes d'exploitation, des exigences du délégant ainsi que des tarifs payés par les usagers. Il est également possible désormais, afin d'évaluer la durée maximale de la délégation, d'ajouter le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée d'amortissement [32], ou de fixer une durée de délégation inférieure à la durée d'amortissement [33].

En troisième lieu, le Conseil d'État a tenu à rappeler fermement que les durées excessives restaient prohibées. Il l'a fait dans un arrêt de principe largement commenté « Compagnie Générale des Eaux – Commune d'Olivet » [34], par lequel il a jugé que les contrats conclus dans les domaines de l'eau, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets avant la loi du 2 février 1995 pour une durée supérieure à 20 ans ne pourront plus être régulièrement exécutés à compter du 3 février 2015, sauf justifications particulières validées par le directeur départemental des finances publiques [35]. Plus récemment, le juge a admis que la durée excessive d'une DSP, conclue postérieurement à la loi Sapin, pouvait justifier la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat, car cela constitue un « motif d'intérêt général » légitime [36].



On doit à la vérité de constater, à la lecture du projet de directive, que l'Union européenne ne s'est pas autant consacrée à traiter de la durée des concessions. Il en est question, à titre principal, dans son article 16, qui fournit seulement quelques éléments caractérisant la durée de la concession.

Celle-ci doit être bien entendu limitée, afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. Elle doit être estimée « sur la base des travaux ou des services demandés ». Pour les seules concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale ne peut dépasser la période sur laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis dans l'exploitation des travaux ou services et obtienne un retour raisonnable sur les capitaux investis,

compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques. Mais on ne sait pas réellement ce que l'Union européenne mettra derrière ces notions.

Par ailleurs, et sur amendement de Philippe Juvin, les investissements pris en compte pour fixer la durée sont non seulement les investissements initiaux mais aussi ceux qui sont consentis durant la période couverte par la concession. La première version de la directive ne prenait en compte que les seuls investissements initiaux [37].

On trouve en revanche matière à analyse dans l'exposé des motifs, au paragraphe 19 bis. Deux éléments sont à mettre en exergue au regard de l'évolution jurisprudentielle interne brièvement rappelée.

D'une part, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs d'indiquer la durée maximale de la concession dans les documents de la concession, « à moins que la durée ne constitue un des critères d'attribution du contrat ». On perçoit une compatibilité potentielle avec la jurisprudence initiée par l'arrêt « Communauté intercommunale des villes solidaires ».

D'autre part, le projet de directive autorise les pouvoirs adjudicateurs à attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, « pour autant que la compensation correspondante n'élimine pas le risque opérationnel ». On semble se situer dans la lignée de l'arrêt « Communauté d'agglomération de Chartes Métropole – Société Veolia – CGE ». Et en l'améliorant même, puisque si une limite encadrant l'indemnisation des investissements non amortis à l'issue du contrat a pu être décelée [38] dans le principe d'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités [39], le projet de directive en fixe une autre, tout aussi importante, consistant à s'assurer que cette indemnisation ne supprime pas tout risque opérationnel de nature économique. Soit le critère de démarcation entre concession et marché public.

D'autres aspects du projet de directive, mais qui n'entrent pas à proprement parler dans les critères de choix du mode de gestion, auraient mérité des observations, tels la procédure d'attribution exigeant des critères affichés et hiérarchisés, la question de la publicité exigée ou plus fondamentalement encore, le champ d'application matériel ou financier de ce texte.

Mais au final, l'enjeu essentiel désormais est celui de la transposition de cette future norme européenne, et par là-même celui de son articulation avec les dispositions de la loi Sapin. Le gouvernement va devoir faire un choix stratégique. Opter pour l'efficacité et la rapidité de l'ordonnance, ou choisir la voie parlementaire naturelle et démocratique, mais ô combien risquée sur un sujet générant de telles passions, notamment chez les élus locaux. Après

les attermolements de la réforme des collectivités territoriales et l'accouchement douloureux de la probable future loi MAPAM [40], souhaitera-t-il ouvrir un nouveau front ?

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

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



[1] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession, 20 déc. 2011, COM(2011) 897 final.

[2] A la date du colloque, la directive n'avait pas encore été adoptée. Depuis le Parlement européen a approuvé la Directive sur les concessions le 15 janvier 2014, tandis que le Conseil l'a adoptée le 11 février 2014.

[3] (Les références fournies dans cette présentation, et notamment les numéros des articles cités font référence à la dernière version du projet, non à celle de décembre 2011.

[4] TA Toulouse, 5 janv. 2011, n° 09/05678, Sté Lyonnaise des Eaux.

[5] (4) Voir pour le cas des services sociaux, et qui mériterait une analyse spécifique, Rapp. Sénat n° 673, 28 juin 2011, sur l'influence du droit communautaire des aides d'État sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales.

[6] (5) CE, 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au Barreau de Paris ; CE, 22 févr. 2007, n° 264541, APREI ; CE, 3 mars 2010, n° 306911, Département de la Corrèze ; dans le même ordre d'idées : T. confl., 2 mai 2011, n° 3776, Sté Mona Parfums Holding, pour un système de télésurveillance d'habitations et de commerce exploité par une commune.

[7] Communication Comm. UE n° 2012/C 8/02, § 47.

[8] Déc. Comm. UE n° 2012/21, 20 déc. 2011, JOUE 11 janv. 2012, n° L 7/3 ; Communication Comm. UE n° 2012/C 8/02, JOUE 11 janv. 2012, JOUE n° C 8/4 ; Communication Comm. UE n° 2012/C 8/03, JOUE 11 janv. 2012, n° C 8/15 ; Règl. Comm. UE n° 360/2012, 25 avr. 2012, JOUE 26 avr. 2012, n° L 114/8.

[9] Dyens S., Du droit des aides d'État, et de (quelques) conséquences pratiques, AJCT 2013, p. 290.

[10] CJUE, 22 nov. 2001, aff. C-53/00, Ferring SA, § 18.

[11] CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH, § 87.

[12] Réserve faite du cas dans lequel la COSP peut bénéficier du règlement de minimis précité : « l'aide accordée aux entreprises fournissant un SIEG n'affecte pas les échanges entre États membres et/ou ne fausse pas ou ne menace pas de fausser la concurrence » lorsqu'elle n'excède pas 500 000 euros sur une période de trois exercices fiscaux (§ 4).

[13] CE, 13 juill. 2012, n° 347073, Communauté de communes d'Erdre et Gesvres ; CE, 13 juill. 2012, n° 355616, Compagnie Méridionale de Navigation et Société Nationale Corse Méditerranée.

[14] CE, 13 juill. 2012, n° 355616, Compagnie Méridionale de Navigation et Société Nationale Corse Méditerranée.

[15] Linditch F., Droit de la DSP et droit de l'Union européenne, Guerre de Troie ou bataille de Trafalgar ?, JCP A 2012, n° 2152 ; Eckert G., L'influence grandissante du droit de l'Union européenne, Contrats marchés publ. 2012, comm. 287.

[16] (C'est cette voie qu'avait choisie la Cour administrative d'appel de Marseille, dans l'arrêt qui a fait l'objet du recours devant le Conseil d'État : CAA Marseille, 7 nov. 2011, n° 08MA01604, Sté Corsica Ferries.

[17] CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal.

[18] CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295-05, § 58 et 60, confirmée par : CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324-07, Coditel Brabant SA, § 39 et 41.

[19] CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, Sea Sarl, § 59.

[20] CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182-11 et C-183-11, Econord c/ Comune di Cagno, Varese e Solbiate ; Dyens S., Le critère du contrôle analogue est rempli si chaque associé participe au capital et aux organes de direction de la société publique, AJCT 2013, p. 136.

[21] Parmi de nombreuses décisions : CE, 30 juin 1999, n° 198147, SMITOM Centre Ouest Seine et Marnais.

[22] CE, 15 avr. 1996, n° 168325, Préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de Lambesc.

[23] L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001.

[24] CGCT, art. L. 1411-1.

[25] CJUE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, Eurawasser ; CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, Privater Rettungsdienst.

[26] CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, préc., § 48 et 49.

[27] CGCT, art. L. 1411-2.

[28] CAA Nantes, 30 juin 2011, n° 10NT02017, Commune de Mainvilliers et

autres.

[29] CE, 15 déc. 2008, n° 312350, Communauté intercommunale des villes solidaires ; CE, 4 févr. 2009, n° 312411, Communauté urbaine d'Arras.

[30] CE, 4 juill. 2012, n° 352417, Communauté d'agglomération de Chartes Métropole – Sté Veolia – CGE : « dès lors que les candidats étaient tenus de présenter une offre de base établie sur une durée du contrat de vingt ans et deux variantes obligatoires sur une durée du contrat respectivement de vingt-cinq et trente ans et que les critères d'appréciation de leurs offres étaient identiques pour chacune de ces durées et précisément définis, ces derniers ont reçu une information suffisante en ce qui concerne les critères de choix des offres ».

[31] CE, 11 août 2009, n° 303517, Sté Maison Comba.

[32] CE, 8 févr. 2010, n° 323158, Commune de Chartres. Pour une application effective de ces principes, CAA Nantes, 3 févr. 2012, n° 10NT00378, Commune de Chartres ; CAA Lyon, 3 nov. 2011, n° 10LY00536, Sté VEOLIA-Propreté : « la durée maximale de 20 ans (...) doit être entendue comme concernant la seule période d'exploitation de l'ouvrage, au cours de laquelle le délégataire se voit effectivement confier la gestion d'un service public, à l'exclusion de la période préalable des travaux ».

[33] Les dispositions de l'article L. 1411-2 du CGCT « n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés et ne font pas obstacle au droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat » (CE, 4 juill. 2012, Communauté d'agglomération de Chartes Métropole – Sté Veolia – CGE, précité).

[34] CE, 8 avr. 2009, n° 271737.

[35] Voir sur les modalités pratiques l'instruction n° 10-029M0 du 7 décembre 2010.

[36] CE, 7 mai 2013, n° 365043, SAPP.

[37] Dyens S., La proposition de directive « concessions » et la loi Sapin sont-elles fondamentalement compatibles ?, AJCT 2012, p. 604.

[38] Dyens S., La durée des délégations de service public, entre substantialité et malléabilité, RLCT 2013/96, n° 2585.

[39] CE, 22 juin 2012, n° 348676, CCI de Montpellier, généralisant la solution de principe posée par l'arrêt CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI de Nîmes : « un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation ou de non-renouvellement qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant ».

[40] Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.