

# DSP : absence de durée «plancher» et régularisation du contrat

- Dans le cadre des délégations de service public, le Conseil d'État admet que, même pour les biens de retour prévus dès la signature du contrat, une valeur de rachat correspondant à la part non amortie en fin de contrat est envisageable.
- Cet arrêt apporte en outre des précisions s'agissant de l'appréciation des offres optionnelles des candidats.

## Auteur

Pierre Le Bouedec, avocat au barreau de Paris, cabinet Symchowicz Weissberg et Associés

## Référence

CE 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, req. n°352417

## Mots clés

Délégation de service public • Durée • Amortissement • Investissements • Information des élus • Nullité du contrat • Régularisation •

## POUR ALLER PLUS LOIN

Texte avec de l'italique...

## Extrait

CE 4 juillet 2012, Communauté d'agglomération de Chartres Métropole, req. n°352417

Texte de l'extrait...

L'arrêt du Conseil d'État présente un double intérêt puisqu'il apporte des précisions sur les règles relatives à la durée des DSP et la manière d'apprécier les différentes offres optionnelles des candidats à ce sujet. En outre, cet arrêt poursuit l'œuvre de stabilisation des relations contractuelles en admettant la régularisation d'un contrat entaché de nullité du fait d'un défaut d'information des membres de l'assemblée délibérante ayant habilité l'exécutif à signer la convention.

## I. Durée du contrat inférieure à l'amortissement des investissements et appréciation des options présentées par les candidats

### A) L'absence de durée «plancher» de la DSP

On le sait, en vertu de l'article L. 1411-2 du CGCT :

« Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil d'État a eu l'occasion de juger qu'une durée excessive du contrat peut entraîner sa nullité, ou sa caducité<sup>(1)</sup> s'il a été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin, étant précisé que :

« La durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du

(1) CE ass. 8 avril 2009, Cne d'Olivet, req. n°s 271737 et 271782 : CP-ACCP, n° 90, juillet-août 2009, p. 87, note V. Cochi.

service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements. »<sup>(2)</sup>

Si un « plafond » limite donc la durée d'une DSP, restait à savoir s'il existe un « plancher ». Or, le Conseil d'État indique que :

« Si ces dispositions limitent la durée de la convention et imposent qu'elle tienne compte, pour la déterminer, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser, elles n'interdisent pas, par principe, que cette durée puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés. »

Cette position de principe n'est guère surprenante mais donne l'occasion d'affirmer au passage le « droit du délégataire d'être indemnisé à hauteur des investissements non amortis à l'issue du contrat » et que « la convention pouvait légalement prévoir le montant de l'indemnisation due au titre des investissements non encore amortis au terme du contrat ». De la sorte, le Conseil d'État consacre les biens de retour « payants » dont la valorisation en fin du contrat peut, de surcroît, être fixée par anticipation dès la signature de la DSP.

Cette solution parachève ainsi le régime des biens dits « de retour » qui, en l'état de la jurisprudence<sup>(3)</sup>, sont propriétés *ab initio* du délégant qui les récupère, en principe gratuitement, à la fin du contrat. Or, jusqu'à présent, cette gratuité connaissait la double exception, d'une part, de la résiliation unilatérale du contrat avant la fin de l'amortissement des biens<sup>(4)</sup> et, d'autre part, des investissements, réalisés en cours d'exécution de la DSP, en vertu d'un avenant et non amortissables avant la fin normale du contrat<sup>(5)</sup>. Désormais, même pour les biens de retour prévus dès la signature du contrat, une valeur de rachat, correspondant à la part non amortie en fin de contrat est envisageable, ce qui permet au délégataire d'assurer l'équilibre de son montage financier.

Relevons toutefois que l'indemnité ne devra pas être telle qu'elle viendrait exposer au risque de requalification du contrat en marché public. En outre, dans l'hypothèse d'un constat d'une discordance entre la valeur réelle des biens lors de leur retour et celle fixée contractuellement, s'il est peu probable que la personne publique puisse invoquer le principe selon lequel elle n'a pas à payer une somme qu'elle ne doit pas<sup>(6)</sup> puisque l'engagement de payer reposera bien sur un fondement juridique, en l'occurrence le contrat<sup>(7)</sup>, des décisions récentes doivent être

signalés dans lesquelles le Conseil d'État contrôle l'absence de disproportion manifeste entre une indemnisation contractuellement fixée et le montant du préjudice réellement subi par le concessionnaire<sup>(8)</sup>.

## B) L'appréciation des offres optionnelles des candidats

La présente affaire est également l'occasion de préciser les modalités d'appréciation par la personne publique des différentes durées des offres des candidats à l'attribution de la DSP. Rappelons à cet égard qu'avant même d'avoir généralisé l'exigence de mention des critères de sélection des offres<sup>(9)</sup> le Conseil d'État avait censuré une procédure dans laquelle les candidats pouvaient proposer des variantes portant sur la durée du contrat sans que la collectivité fasse apparaître les critères de choix des offres au regard des durées proposées<sup>(10)</sup>. Or, dans le cas présent, la Haute juridiction adopte une position plus souple :

« 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. »

L'articulation entre ces deux jurisprudences n'est pas aisée : le Conseil d'État semble différencier, pour paraphraser le vocabulaire des marchés publics, les options (obligatoires) sur la durée du contrat pour lesquelles la collectivité n'a pas à mentionner de critères de choix spécifiques, des variantes (librement proposées par les candidats) pour lesquelles le règlement de consultation doit exposer les attentes de la personne publique.

Une telle différence de régime laisse perplexe et mériterait d'être gommée pour ne retenir que la solution du présent arrêt, qui nous paraît conforme à la règle dégagée dans la décision Établissement public du musée et du domaine national de Versailles selon laquelle la personne publique « n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre (des) critères ». En pratique, elle nous semble également logique car, il semble délicat pour un délégant d'exposer par anticipation ce qu'il est susceptible d'attendre des mérites respectifs de chaque durée potentielle de contrat sans tomber dans des lieux communs ou, au contraire, une sophistication trop contraignante des conditions d'analyse des offres.

Mais la tâche est d'ampleur pour les candidats : ne sachant pas nécessairement quelle durée sera choisie par le délégant *in fine*, ceux-ci devront, jusqu'au terme de la négociation, élaborer des offres de qualité pour toutes les hypothèses de durée de contrat, sans pouvoir remettre en cause le choix discrétionnaire de la collectivité de privilégier telle ou telle option de durée. Gageons qu'en contrepartie les collectivités joueront le jeu d'une égalité de traitement en stimulant la concurrence jusqu'au bout, en particulier sur l'option de durée du contrat qui aura leur prédilection.

(2) CE 11 août 2009, *Sté Maison Comba*, req. n°303517 : CP-ACCP, n°95, janvier 2010, p. 50, note P. Le Bouedec.

(3) À l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil d'État n'a pas rendu son arrêt sur le pourvoi n°342788 abordant les questions suivantes, justifiant l'examen de l'affaire par l'Assemblée du contentieux : « Quels sont le périmètre et le régime des "biens de retour" dans le cadre d'une délégation de service public ? Les parties peuvent-elles, par dérogation au principe selon lequel les biens nécessaires au fonctionnement du service appartiennent dès l'origine à la personne publique avant de lui faire retour à l'expiration de la convention, prévoir un droit de propriété du concessionnaire durant la délégation ? Comment doivent être déterminées les modalités d'indemnisation du concessionnaire si, à l'expiration normale ou anticipée du contrat, des biens de retour n'ont pas été intégralement amortis ? » [www.conseil-etat.fr/fr/role/s-kn6.html](http://www.conseil-etat.fr/fr/role/s-kn6.html)

(4) CE 5 juillet 1967, *Cne de Donville-les-Bains c/Sté générale technique* : Lebon p. 297.

(5) CE avis 19 avril 2005, req. n°371234, *Rapport public* 2006, p. 197 : BJCP 2006/45, p. 105, obs. Schwartz et Terneyre ; AJDA 2006, p. 1371, note Sychowicz et Proot.

(6) CE sect. 19 mars 1971, *Sieurs Mergui*, req. n°79962 : Lebon p. 235, concl. M. Rougevin-Baville ; AJ 1971, p. 274, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes ; RDP 1972, p. 234, note M. Waline.

(7) CE 25 juin 2003, *Caisse centrale de crédit mutuel du nord de la France*, req. n°240679 — CE 14 décembre 1998, *SARL Levaux*, req. n°171861 : BJCP 1999, p. 332, concl. Savoie.

(8) CE 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, req. n°334280 — CE 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, req. n°348676.

(9) CE 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, req. n°328827 : CP-ACCP, n°98, avril 2010, p. 38, note O. Raymundie.

(10) CE 15 décembre 2008, *Cté intercommunale des villes solidaires*, req. n°312350 : CP-ACCP, n°88, mai 2009, p. 68, note G. Le Chatelier.

## II. La régularisation du défaut d'information de l'assemblée délibérante

Le second intérêt de l'arrêt réside dans la poursuite de la démarche de stabilité des relations contractuelles, objectif consacré tour à tour lors de recours en contestation de la validité du contrat introduit par un tiers<sup>(11)</sup>, par l'un des cocontractants<sup>(12)</sup> ou après annulation d'un acte détachable du contrat<sup>(13)</sup> et désormais, comme en l'espèce, à l'occasion d'un déféré préfectoral<sup>(14)</sup> contre le contrat, qui relève du plein contentieux.

### A) Le défaut d'information des élus provoque la nullité du contrat

Traditionnellement en effet, un défaut d'information des élus entache d'illégalité (externe) la délibération autorisant l'exécutif à signer le contrat qui est donc nul. Or, en l'espèce, le Conseil d'État relève, d'une part, que le rapport communiqué aux élus ne présentait une synthèse des offres que pour la durée de trente ans alors que leur autorisation était sollicitée pour signer une convention de vingt ans et, d'autre part, que ce rapport mentionnait comme conséquence de ce changement de durée une légère augmentation du tarif du service public, sans mentionner le montant (de 17 millions d'euros) de l'indemnité devant être versée en fin de contrat au délégataire. Dans ces conditions, de telles omissions caractérisent « une insuffisance d'information des membres du conseil communautaire, affectant nécessairement le consentement donné par le conseil, [entachant] d'illégalité la délibération du 11 juin 2009 par laquelle le conseil communautaire [...] a décidé la signature de la convention ».

(11) CE ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, req. n° 291545 : CP-ACCP, n° 70, octobre 2007, p. 40 et s.

(12) CE ass. 28 décembre 2009, Cne de Béziers, req. n° 304802.

(13) CE 21 février 2011, Sté Ophrys, req. n° 337349.

(14) CE 23 décembre 2011, Ministre de l'Intérieur, req. n° 348647.

### B) La possibilité de régularisation

Mais une régularisation est bien envisageable puisque, dans la droite ligne de la solution adoptée à propos d'un défaut de consultation des domaines sur la cession de terrains<sup>(15)</sup>, le Conseil d'État considère que :

« Eu égard à la nature de l'irrégularité commise, affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement, il y a lieu d'annuler la convention [...] si le conseil communautaire ne procède pas, au plus tard le 31 octobre 2012, à la régularisation de cette convention en adoptant une nouvelle délibération autorisant régulièrement sa signature. »

Les délais impartis (quatre mois incluant les congés d'été) sont courts mais, de la sorte, l'occasion est donnée à la Communauté de régulariser le contrat en prenant soin de donner aux élus une information suffisante de manière à ce que leur consentement soit éclairé.

## Conclusion

Les précisions apportées par le Conseil d'État concernant l'absence de durée minimale obligatoire du contrat et les modalités d'appréciation des différentes options présentées par les candidats s'avèrent non seulement utiles mais témoignent également d'une volonté de conserver un régime (tant de fond que procédural) relativement souple pour les délégations de service public. Cet arrêt témoigne également du souci de sécurisation des relations contractuelles, grâce au procédé de la régularisation de vices qui, en principe, impliquent la nullité du contrat. On ne peut que s'en féliciter. ■

(15) CE 8 juin 2011, Cne de Divonne-les-Bains, req. n° 327515 : « S'il s'agit notamment d'un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable et affectant les modalités selon lesquelles la personne publique a donné son consentement, celle-ci peut procéder à sa régularisation, indépendamment des conséquences de l'annulation sur le contrat lui-même ; qu'elle peut ainsi, eu égard au motif d'annulation, adopter un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif, dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé. » Voir également, pour la régularisation d'une incompétence du signataire d'un marché : CE 23 décembre 2011, préc.