



# La détermination réaliste de la durée d'une convention de délégation de service public.

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. La détermination réaliste de la durée d'une convention de délégation de service public.. Droit administratif, LexisNexis, 2010. hal-01877030

**HAL Id: hal-01877030**

**<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01877030>**

Submitted on 19 Sep 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**« La détermination réaliste de la durée d'une convention de délégation de service public », in Chronique de Droit administratif et Droit public financier, *Droit adm.*, juin 2010, chron. 1.**

Catherine Prebissy-Schnall

Dans le souci d'optimiser les ressources publiques et de lutter contre la corruption, les durées évolutives ou variables dans les conventions de délégation de service public ainsi que les clauses de reconductions tacites sont interdites. Cependant, en imposant une remise en concurrence périodique des contrats, la loi *Sapin* n'a pas mis totalement fin à la liberté de fixation de la durée des conventions. La durée est certes limitée et justifiée par des données économiques soumises au contrôle du juge mais elle est désormais préfixée en fonction de « l'équilibre global de l'opération » et ne se réduit plus à la durée de l'amortissement comptable des investissements.

• **La détermination du cadre temporel de l'exécution du contrat sous le contrôle du juge** – Sauf exceptions, il n'y a pas de durée type. Les parties usent évidemment de leur liberté contractuelle pour préfixer une durée en fonction de données économiques. Tout dépend alors des prestations demandées au délégataire, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser. Comme l'indique la Commission européenne (*Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire n° 2000/C 121/02, 29 avr. 2000, pt 3.1.3*), la durée doit donc être fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et de manière à assurer une rémunération raisonnable des capitaux investis, tout en maintenant un risque inhérent à l'exploitation pour le concessionnaire. Les contrats d'une durée excessive seraient, par ailleurs constitutifs d'aides d'État prohibées. Tout ceci explique pourquoi les conditions de légalité des avenants de prolongation de la durée sont appréciées assez strictement ([CGCT, art. L. 1411-2](#)). Pour éviter qu'il modifie l'économie générale de la délégation, l'avenant doit veiller à ne pas faire varier de plus de 15 % les tarifs, le chiffre d'affaires, le montant des participations publiques ou encore le montant des investissements à la charge du délégataire. La collectivité bénéficie ainsi d'une marge de manœuvre pour adapter au mieux la durée de son contrat à la réalité économique. Mais cette liberté contractuelle est soumise au contrôle du juge administratif. Et ce dernier ne se prive pas de saisir la moindre occasion pour définir avec de plus en plus de précision le cadre juridique dans lequel les parties sont autorisées à se mouvoir librement. Il suffit de recenser les arrêts rendus par le Conseil d'État depuis le début de l'année 2009 pour constater l'évolution. La loi *Sapin* semble de moins en moins s'analyser et s'apprécier par opposition au Code des marchés publics ([CE, 23 déc. 2009, n° 328827, Éts public du musée et du domaine national de Versailles : JurisData n° 2009-017405](#)). On décèlerait presque une tentative de rapprochement de la réglementation *Sapin* avec celle du Code des marchés publics. Or, toute l'originalité de la loi *Sapin* tient dans l'action d'osciller entre souplesse et rigidité. En effet, elle fixe un objectif de fermeté voulu par le législateur pour éviter les phénomènes de corruption ou de niches injustifiées (« rentes de situations ») mais elle permet à l'autorité délégante de profiter des marges de manœuvre de la réglementation pour mettre au point un projet technique adapté et une définition appropriée du partage des risques.

• **Une durée préfixée correspondant à l'équilibre global de l'opération.** – L'interprétation plus réaliste de la durée d'une convention de délégation de service public pourrait mettre fin au profond malaise des praticiens qui jugent le contrôle du juge administratif de plus en plus sclérosant (notamment à travers les conséquences de l'arrêt *CE, 8 avr. 2009, n° 271737, Cne d'Olivet*). Le Conseil d'État a tout d'abord jugé qu'il était loisible à la collectivité d'indiquer les

durées potentielles de la délégation (en l'espèce, fixée entre vingt et vingt-cinq ans), à condition que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres ([CE, 4 févr. 2009, n° 312411, Communauté urbaine d'Arras : JurisData n° 2009-074881](#)). Les durées en forme de fourchette ne sont donc pas a priori illégales. Et la durée devient alors un élément négociable : l'intérêt de l'autorité délégante étant plutôt de raccourcir la durée pour éviter d'être enserrée dans des liens contractuels trop durables, celui du délégataire de l'allonger pour lui garantir une stabilité génératrice de profits. Pour autant et afin de déterminer la durée maximale de la convention, la négociation ne devra pas se limiter à une approche comptable de « la notion de durée normale d'amortissement » mais prendre en compte une pluralité de critères, sans disproportion manifeste. Dans un arrêt *Société Maison Comba*, ([CE, 11 août 2009, n° 303517 : JurisData n° 2009-007564](#)), la Haute juridiction a apporté des précisions quant à la méthode d'appréciation de la durée normale d'amortissement en estimant que « la durée normale des investissements ne saurait se réduire par principe à la durée comptable mais résulte d'un équilibre global » entre différents éléments que sont la durée « normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, les contraintes d'exploitation liées à la nature du service », « les exigences du délégant », enfin « la prévision des tarifs payés par les usagers » et ceci « que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements ». Le Conseil d'État précise également que le point de départ de l'amortissement correspond à la date d'achèvement des investissements et de mise en service de l'ouvrage. Ainsi, afin d'évaluer la durée maximale de la délégation, il convient d'ajouter « le temps nécessaire à la réalisation de ces investissements à leur durée normale d'amortissement » ([CE, 8 févr. 2010, n° 323158, Cne Chartres : JurisData n° 2010-000413](#)). En définitive, si la détermination de la durée des conventions de délégation de service public est, en pratique, une vraie problématique pour les collectivités, la jurisprudence administrative leur propose une grille d'analyse très souple qui peut être modulée en fonction des circonstances qui entourent la passation du contrat. Certes, l'approche fonctionnelle de la notion d'amortissement laisse, en vérité, au juge un large pouvoir d'appréciation pour vérifier les éléments ayant précisément servi à la détermination de la durée. Mais en rendant ainsi compte des développements récents de la jurisprudence du Conseil d'État, on constate toute la difficulté de l'analyse du juge qui réside dans la tension permanente entre la rigidité nécessaire dans l'application de la réglementation juridique et la flexibilité nécessaire dans l'exécution du contrat. Or, l'objectif n'est pas de passer d'une culture juridique à une culture économique mais de rechercher un compromis entre le respect du droit et l'efficacité économique. La recherche de ce point d'équilibre dépend alors forcément de l'intensité du contrôle du juge opéré sur les données économiques de la convention de délégation de service public.